

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

DIOGO CASTOR DE MATTOS

A SELETIVIDADE PENAL NA UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO HABEAS CORPUS NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

JACAREZINHO

2015

DIOGO CASTOR DE MATTOS

**A SELETIVIDADE PENAL NA UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO HABEAS CORPUS NOS
CRIMES DO COLARINHO BRANCO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Linha de Pesquisa: Função Política do Direito- Direito e exclusão.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

JACAREZINHO

2015

DIOGO CASTOR DE MATTOS

**A SELETIVIDADE PENAL NA UTILIZAÇÃO ABUSIVA DO HABEAS CORPUS NOS
CRIMES DO COLARINHO BRANCO**

Esta dissertação foi julgada adequada pela Banca de Qualificação para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Banca Examinadora e pela Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na linha de pesquisa “Função Política do Direito”.

Banco examinadora

Presidente: Professor Gilberto Giacoia

Membro: Professor Valter Santin

Membro: Professor Eliezer Gomes da Silva

Coordenador do Curso: Professor Fernando de Brito Alves

Jacarezinho, fevereiro de 2015.

Em memória do saudoso procurador de justiça Delivar Tadeu de Mattos, a quem tive a honra de ter como pai. Soube dignificar sua breve passagem terrena. Partiu numa manhã da primavera de 2007, deixando enormes saudades a todos que tiveram o privilégio de cruzar o seu caminho.

Agradecimento especial ao corpo docente da Universidade Estadual do Norte do Paraná pelo trabalho sério desenvolvido na região e, em especial, ao orientador prof^o Gilberto Giacoia pelo aprendizado obtido.

RESUMO

Trata-se de trabalho científico desenvolvido com o objetivo de estudar o tema relativo à seletividade penal na utilização abusiva do *habeas corpus* nos crimes do colarinho branco, tendo como pano de fundo o estudo de casos práticos da jurisprudência contemporânea do Superior Tribunal de Justiça. A Constituição Federal é incisiva em expressar o cabimento do *habeas corpus* quando existente ameaça ou violação à liberdade de locomoção. No direito comparado, é um remédio utilizado para combater violações concretas à liberdade de locomoção. No Brasil, essa ação constitucional tem sido utilizada de forma distorcida contra qualquer tipo de decisão judicial no processo penal, independente da possibilidade de prisão, inclusive para a análise de questões aprofundadas de mérito de provas durante ações penais ou mesmo inquéritos policiais, transformando-se em verdadeiro agravo inominado. Tal problema gera a violação aos princípios constitucionais ligados ao devido processo legal, como o princípio da paridade de armas, do contraditório e do juiz natural. A situação é agravada quando essa ação autônoma é utilizada como substitutiva dos recursos ordinários, o que provoca um congestionamento impressionante nos tribunais superiores. Mais que isso, ao realizar a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, constata-se que pela via do *habeas corpus* há decretação da nulidade de provas de diversas ações penais envolvendo pessoas abastadas economicamente como réus de crimes do colarinho branco, mesmo inexistindo qualquer ameaça concreta de prisão. O objetivo nodal da pesquisa é demonstrar que essa utilização abusiva do *habeas corpus* vem reforçando o caráter seletivo do direito penal nos crimes cometidos pela elite econômica. Nesse contexto, é salutar tratar a aplicação do princípio da instrumentalidade e da proporcionalidade ao regime de nulidades do processo penal. Por fim, o estudo conclui que há necessidade de adequar o cabimento do remédio do *habeas corpus* à sua finalidade constitucional de tutela da liberdade de locomoção.

PALAVRAS CHAVES: SELETIVIDADE PENAL. CRIMES DO COLARINHO BRANCO. USO ABUSIVO HABEAS CORPUS. JURISPRUDÊNCIA.

ABSTRACT

This scientific work paper relates to the selective influences of the white collar crimes in the abusive use of *habeas corpus*, which is presented through the study of current real cases judged by the superior courts. The Federal Constitutional grants the right for *habeas corpus* in the event of a threat or violation over the right to come and go. Whereas, in current time, this constitutional right of plea have been misused in a different way, referring to the evidence during criminal lawsuits or investigation. This misuse generates a violation of constitutional legally binding principles related with the due process of law, such as parity of treatment, adversarial debate, and natural justice for the crime, and gets even worse when this legal action is used as substitutive for ordinary appeals which cause an amazing disrupting number of lawsuits in the superior courts. In addition to the related problem, the superior courts have noticed that the *habeas corpus* have been misused for the benefit of mostly rich people that committed white color crimes. The main goal of this research is to show the abuse of right in the use of the *habeas corpus* due to the

herein related selective influences. Due to these current facts, principles such as reasonableness and instrumentality have to play their role for avoiding such abuse. In conclusion, the *habeas corpus* should be only used for its constitutional purpose of protection the threat or violation of the liberty to come and go.

KEYWORDS: SELECTIVE INFLUENCES. WHITE COLLAR CRIMES. ABUSIVE USE OF HABEAS CORPUS. JURISPRUDENDE

Sumário

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>8</u>
<u>PARTE 1- SELETIVIDADE PENAL E CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....</u>	<u>11</u>
<u>1. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A SELETIVIDADE PENAL E OS</u>	
<u>CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....</u>	<u>11</u>
<u>2. FATORES DE IMPUNIDADE DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....</u>	<u>18</u>
<u>2.1. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO.....</u>	<u>20</u>
<u>2.2. ABUSO NO USO DOS RECURSOS/ ASSOBERBAMENTO DOS TRIBUNAIS</u>	
<u>SUPERIORES/ NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA EXECUÇÃO PENAL.....</u>	<u>32</u>
<u>2.3. PRESCRIÇÃO.....</u>	<u>40</u>
<u>3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....</u>	<u>50</u>
<u>PARTE II- DELIMITAÇÃO DO USO HABEAS CORPUS.....</u>	<u>57</u>
<u>1. O DIREITO À LIBERDADE NA FILOSOFIA.....</u>	<u>57</u>
<u>2. HISTÓRICO DO HABEAS CORPUS- BRASIL E DIREITO COMPARADO.....</u>	<u>60</u>
<u>3. CONCEITO.....</u>	<u>64</u>
<u>4. NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADES: REPRESSIVO E PREVENTIVO.....</u>	<u>66</u>
<u>5. PARTES.....</u>	<u>66</u>
<u>6. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.....</u>	<u>68</u>
<u>7. PRODUÇÃO E EXAME DE PROVAS EM HABEAS CORPUS.....</u>	<u>70</u>
<u>8. HIPÓTESES DE CABIMENTO.....</u>	<u>71</u>
<u>8.1. HABEAS CORPUS EM FACE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR.....</u>	<u>73</u>
<u>8.2. HABEAS CORPUS EM FACE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.....</u>	<u>73</u>
<u>8.3. HABEAS CORPUS PARA ATACAR COLABORAÇÃO PREMIADA.....</u>	<u>74</u>
<u>8.4. HABEAS CORPUS EM FACE DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS.....</u>	<u>75</u>
<u>8.5. UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO</u>	
<u>ORDINÁRIO E EXTRAORDINÁRIO.....</u>	<u>76</u>
<u>8.7. HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL.....</u>	<u>82</u>
<u>8.8. OUTRAS HIPÓTESES DE USO ABUSIVO DO HABEAS CORPUS.....</u>	<u>82</u>
<u>9. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA UTILIZAÇÃO</u>	
<u>ABSUSIVA DO HABEAS CORPUS.....</u>	<u>84</u>
<u>PARTE 3- ESTUDO DE CASOS – O HABEAS CORPUS COMO FATOR DE EXPRESSÃO DA</u>	
<u>SELETIVIDADE PENAL NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO.....</u>	<u>86</u>
<u>1. CASO SATIAGRAHA.....</u>	<u>92</u>
<u>2. CASO CASTELO DE AREIA.....</u>	<u>105</u>
<u>3. CASO SUNDOWN/ BANESTADO.....</u>	<u>123</u>
<u>4. OPERAÇÃO BOI BARRICA/ FAKTOR.....</u>	<u>130</u>
<u>5. OUTROS CASOS.....</u>	<u>135</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>141</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>145</u>

INTRODUÇÃO

A presente análise objetiva demonstrar como a ampliação desmensurada do uso do *habeas corpus* contribui para proporcionar um direito penal diferenciado para determinadas camadas sociais, mormente os autores de crimes do colarinho branco. Além disso, a partir do estudo de casos, propõe-se uma abordagem diferenciada e inovadora da seletividade penal dessa modalidade de crimes, especialmente quanto à banalização dos critérios para anulação de ações penais por vícios formais na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio da impetração do *habeas corpus*, independente da existência de violação ou ameaça concreta à liberdade de locomoção dos pacientes.

A justificativa desse projeto é aprofundar o estudo das causas políticas que levam a distorção no uso desse remédio constitucional. A análise demonstrará como o uso indiscriminado do *habeas corpus* contribui com a impunidade dos crimes praticados pelas camadas sociais mais favorecidas.

Na abordagem, o método indutivo será utilizado com o estudo da prática e da experiência verificada ao longo dos anos no direito comparado e na observação da jurisprudência dos tribunais superiores que permitirão formar premissas para uma conclusão lógica.

O método analítico será usado para definição dos conceitos e para delimitação do tema na doutrina.

Já o método de estudo de casos proporcionará uma visão prática de que como o problema é tratado em situações concretas.

De início, serão feitos apontamentos sobre a questão da seletividade penal. De plano, haverá breves exposições históricas e doutrinárias sobre os crimes do colarinho branco, expressão popularizada por Edwin Sutherland. Também serão apresentados os apontamentos teóricos de Zaffaroni, Foucault e Baratta a respeito aplicação não isonômica do direito penal.

Na sequência, será feita uma abordagem prática acerca das principais causas identificadas de impunidade dos crimes do colarinho branco, com a análise da jurisprudência dos tribunais superiores. Nessa parte, há uma proposta de adentrar em discussões sociológicas relativas ao tratamento seletivo e diferenciado dos crimes do colarinho branco. A partir de uma análise crítica, serão demonstradas as dificuldades da persecução e investigação penal dessa modalidade de crimes. Serão tratadas questões como irracionalidade do sistema recursal brasileiro, prescrição, foro por prerrogativa de função, complexidade investigatória, dentre outras coisas.

Haverá constatação de que grande parte das condenações penais em crimes do colarinho branco é fulminada em razão da prescrição.

Propõe-se, nessa parte do trabalho, analisar a questão da seletividade penal sob o viés da impunidade do segmento dominante, aqui denominado de “direito penal do amigo”, tendo em conta que já existem incontáveis obras abordando esse assunto sob a perspectiva da opressão das camadas mais pobres.

Ao final do capítulo, sem pretensão de esgotar o tema, serão expostas algumas possíveis soluções para tornar o sistema processual penal mais justo e eficaz.

Na parte II, com o objetivo de fornecer um referencial teórico, o trabalho tratará das diversas conotações do direito à liberdade na filosofia, partindo da Grécia Antiga até o pós-modernidade, passando pelo surgimento do *habeas corpus*.

Na sua origem, em 1215, o *habeas corpus* foi criado para ser uma salvaguarda a liberdade do povo contra o abuso de poder de seus governantes na aplicação de medidas arbitrárias de prisão. Sempre quando houvesse ilegalidade ou abuso de poder na privação de liberdade de um indivíduo, seria possível a utilização do *habeas corpus* como forma de tutela do direito de ir e vir.

Contudo, o modo pelo qual vem sendo utilizado o *habeas corpus* vem sofrendo distorções graves ao longo do tempo e a sua função vem sendo desviada nos últimos anos. Como a seguir pretende se demonstrar, hodiernamente, o *habeas corpus* tem sido utilizado de forma abusiva para a tutela não apenas do direito de ir e vir, mas sim para a análise de questões aprofundadas de mérito de provas durante ações penais ou mesmo inquéritos policiais. Tal problema é agravado quando esta ação autônoma é utilizada como substitutiva dos recursos ordinários, o que acaba por provocar um congestionamento impressionante nos tribunais superiores, transformando o remédio constitucional em verdadeira panaceia contra qualquer decisão judicial proferida no processo penal.

A título de exemplo, cite-se a notícia no site do Superior Tribunal de Justiça de 29/05/2011 com o título "Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros" demonstra que foi já atingida a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte¹.

Assim, na segunda parte do estudo, haverá uma delimitação geral sobre o histórico do *habeas corpus*, dando destaque às hipóteses de cabimento que vem sendo aceitas pela jurisprudência, já explorando a crítica sobre o uso ampliativo do remédio constitucional. Nessa fase será possível constatar que o remédio constitucional tem sido aceito para incontáveis propósitos alheios à amea-

¹ Como destaca Sergio Moro, no voto vencido no HC nº 5009793-40.2011.404.0000/PR em 09/08/2011, pela 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “tal marca só foi possível em virtude da prodigalização e vulgarização do habeas corpus. Embora ele caiba, segundo a Constituição, apenas contra prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo mesmo frente a qualquer ameaça remota de prisão, como a mera instauração de inquérito ou de ação penal contra o investigado ou acusado, ou contra qualquer decisão interlocutória proferida no curso do inquérito ou na ação penal, mesmo quando esta não implique em restrição da liberdade ou mesmo quando destituída de qualquer elemento de cunho coercitivo.”

ça ou à restrição da liberdade de locomoção como, por exemplo, para assegurar o direito de visitas íntimas, ou para conhecimento da identidade de colaborador no processo penal.

Ainda, nesse tópico, será demonstrada como a utilização desviada do remédio constitucional afronta o princípio do devido processo legal, gerando uma supressão de instâncias e uma grave afronta aos princípios do contraditório e da paridade das armas das partes (como corolário do princípio da isonomia). Isso porque: 1) as peças que instruem o *habeas corpus* são formadas unilateralmente pela defesa; 2) o Ministério Público de primeiro grau de jurisdição não é ouvido no momento da impetração do remédio constitucional; 3) a decisão concessiva de *habeas corpus* nas instâncias superiores é irrecurível pelas formas ordinárias.

Ao final dessa parte do estudo será possível evidenciar que o *habeas corpus* vem sendo utilizado como verdadeiro agravo inominado no processo penal, mormente para os réus que tem condições de terem duas defesas patrocinadas por bons advogados. Nesse contexto, essa ação constitucional se transformou num dos inúmeros instrumentos utilizados para a garantia da impunidade dos poderosos processados por crimes do colarinho branco, o que induz a uma reflexão sobre as formas de manifestação da seletividade penal.

Na última parte da abordagem, a fim de unir questões teóricas com um referencial empírico, serão analisados quatro casos práticos que ilustram bem as consequências do uso abusivo e indiscriminado do *habeas corpus*. São quatro precedentes selecionados pela sua relevância e pertinência com a investigação desenvolvida, nos quais se buscará demonstrar que a mesma tese jurídica que acarreta anulação de ações penais para acusados abastados não vale para situações similares envolvendo réus pobres. Muitas vezes, inclusive há a concessão da ordem em *habeas corpus* contrariando a tendência de posicionamento do STJ a respeito dos temas como a possibilidade de prorrogação de interceptação telefônica, início de inquérito policial a partir de denúncia anônima, dentre outros assuntos.

Como conclusão, reconhecendo a importância histórica do *habeas corpus* como imprescindível remédio constitucional contra a violação da liberdade de locomoção, sem a pretensão de limitar de forma arbitrária a sua utilização, serão feitas reflexões sobre os efeitos do uso desenfreado do *habeas corpus* no processo penal, como também sobre a proposta de adequação às suas finalidades constitucionais.

PARTE 1- SELETIVIDADE PENAL E CRIMES DO COLARINHO BRANCO

1. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A SELETIVIDADE PENAL E OS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

O sociólogo Edwin Sutherland na década 40 foi pioneiro ao escrever sobre o chamado “crime do colarinho branco” definindo-o como (1940, p. 29-38)² “os crimes da classe superior ou do colarinho branco, que é composta por homens de negócio e profissionais respeitáveis, ou ao menos respeitados”. Esse conceito foi posteriormente melhor delimitado por Sutherland (1949, p.7), que passou a definir os delitos do colarinho branco como sendo os “crimes cometidos por uma pessoa de respeitabilidade e *status social* elevado no curso de sua ocupação”.

Portanto, para a caracterização do crime do colarinho branco exigem-se dois requisitos: 1) alta posição social do autor e; 2) relação entre a prática delitiva e a profissão exercida pelo sujeito ativo.

Em seu estudo, Sutherland concluiu que o tratamento dado aos camponeses que praticavam crimes era distinto daquele conferido aos burgueses³. Na verdade, além de expor a lesividade social dos crimes praticados pela classe econômica dominante, o trabalho de Sutherland enfatizou de forma precisa a significativa seletividade penal nos processos de criminalização (que chamou de “implementação diferencial da lei”). Tal mecanismo propiciaria a aceitação social dos crimes do colarinho branco que teriam sua punição restrita à esfera administrativa, sendo que a verdadeira criminalização e punição penal estariam reservadas aos crimes violentos ou contra propriedade.

Essa aceitação social dos crimes do colarinho branco era objetivo de severas críticas de Sutherland, que chamava a atenção para a alta lesividade social desses delitos ao afirmar que (1940, p.32): “os custos financeiros do crime do colarinho branco são provavelmente tão grandes quanto os custos financeiros de todos os crimes que são normalmente tidos como o “problema criminal”. O autor também enfatizou que os danos dos crimes do colarinho branco não se restringiam às perdas financeiras, refletindo ainda nos danos às relações e à confiança social existente (1940, p. 32):

² Explorando o tema, Luciano Feldens (2000, p. 225) ensina: “Conquanto construído, em meados do século XX, a partir de uma perspectiva sociológica, a tese veio a tornar-se referência no âmbito da criminologia, fixando-se como um marco científico e merecendo o aplauso e a respeitosa atenção da comunidade jurídica internacional. Edwin H. Sutherland define os “white collar crimes” à luz de uma perspectiva subjetivo-profissional, identificando-os como sendo os delitos cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevados status social, no âmbito de seu trabalho. São dois, portanto, os pontos de apoio do conceito proposto: o status do autor e a conexão da atividade criminosa com a sua profissão.”

³ Corroborando essa ideia ensina Alice Bianchini (2000, p. 63): “O atual sistema penal faz exatamente o contrário, visto que seleciona, marginaliza e exclui, cada vez mais, os menos favorecidos financeiramente, pois não se encaixam ao ‘modelo ideal’ preconizado pela classe dominante. Com efeito, temos ainda hoje, guardadas as devidas proporções, o que acontecia antigamente com a diferenciação entre nobres e plebeus, isto é, o Direito como instrumento para manter e perpetuar a estratificação de classes sociais”

A perda financeira do crime do colarinho branco, ainda que seja grande, é menos importante que o dano às relações sociais. Os crimes do colarinho branco violam a confiança e, portanto, criam a desconfiança, que rebaixa os níveis de moralidade social e produz desorganização social em larga escala. Outros crimes produzem relativamente pouco efeito nas instituições sociais ou na organização social.

Também mencionando as dificuldades de aferir os efeitos nefastos dos crimes do colarinho branco, James Coleman pontua (1994, p. 8) que: “os crimes que de fato conhecemos são tão enormes e suas consequências tão devastadoras, que tais crimes tornam insignificantes quaisquer crimes de rua conhecidos.”

O fato é que não havia um tratamento igualitário conferido às diversas modalidades de crimes existentes na legislação penal da época.

O sociólogo Michel Foucault (1987, p. 80) tratou do tratamento desigual do direito penal, distinguindo a ilegalidade de bens e ilegalidade de direitos, como fruto da sociedade capitalista. Conforme concluiu Foucault, havia uma distinção da punição entre dessas violações: “para as ilegalidades de bens- para o roubo- os tribunais ordinários e castigos; para as ilegalidades de direitos-fraudes evasões fiscais, operações comerciais irregulares- jurisdições especiais com transações, acomodações, multas atenuadas etc.” O mesmo tema também foi objeto de estudo de Alessandro Barata que afirmou que (1997, p.161): “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.”

Com efeito, mencionando o uso abusivo do *habeas corpus* e outras causas de impunidade dos crimes do colarinho branco, ensina Dallagnol e Martello (2008, p. 5):

réus são presos, como regra geral, apenas depois de todos os recursos serem decididos, depois de muitos anos, não raro mais de década (em casos de réus ricos, eles usualmente alcançam três instâncias acima daquela do primeiro julgamento); os atrasos dos julgamentos em cortes superiores sobrecarregadas os quais acarretam a prescrição de casos criminais, em razão da aplicação de doutrina prescricional favorável ao réu que é única no mundo (prescrição retroativa); réus podem mentir perante cortes como parte de seu direito de defesa (sem qualquer consequência); o *habeas corpus* tem sido aceito para decidir todo tipo de questões (factuais e procedimentais) como substituto recursal, mesmo quando a matéria não tem relação direta com a liberdade de locomoção.

Na realidade, a partir da pesquisa do histórico do sistema, constata-se que o sistema penal sempre dispensou tratamentos distintos para os cidadãos.

Conforme lembra Zaffaroni (2010, p.11), desde o Direito Romano já surgiam figuras com o *hostis judicatus* e o *hostis alienígena* que eram tratados como cidadãos sem direitos. Na obra “O Inimigo do Direito Penal” a tese central do seu estudo é a de que o Direito penal sempre discriminou pessoas. Assim, o Direito Penal do Inimigo, nos termos em que foi idealizado por Jakobs, sempre existiu.

Essa ideia de Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Jakobs segrega os seres humanos em pessoas, que são cidadãos, e não pessoas, que são os inimigos. Os cidadãos possuem todas as garantias constitucionais previstas e cabíveis submetem-se ao poder punitivo que respeita o devido processo legal. Já os inimigos estão sujeitos a outro tratamento, com redução de suas garantias individuais e antecipação do poder punitivo por serem refratários às normas sociais.

A constatação de Sutherland não é muita distinta da Zaffaroni. Ambos demonstram que o sistema penal não é igualitário, mas sim seletivo.

Segundo o autor argentino, o principal trunfo de Jakobs seria o fato de ele ter sido o pioneiro a tratar certos grupos humanos indesejáveis sob a óptica do sistema como inimigos da sociedade. Antes disso, diversos autores tratavam de um direito penal para os iguais e outro para os estranhos sem intitulá-los expressamente de inimigos. Vale salientar que a teoria de Jakobs não é inovadora no conteúdo, mas apenas na forma. Parte da teoria da estabilização das expectativas normativas⁴ de Luhmann e da ideia de contrato social de Rousseau para sustentar a necessidade de se excluir das garantias do contrato social aqueles seres humanos que reiteradamente não o respeitam.

A principal crítica ao Direito Penal do inimigo é de que não existem critérios precisos para definir quem é o inimigo. Por essa ideia, em tese, qualquer membro da sociedade pode ser confundido, mais cedo ou mais tarde, com o inimigo da sociedade.

A crítica é parcialmente procedente.

Na sociedade moderna, extremamente capitalista, a condição econômica é essencial para inserção social. Num contexto onde tudo tem um preço, ter potencialidade de consumo dos bens disponíveis é o principal atributo para ser respeitado e ter projeção e destaque social. Aliás, diga-se de passagem, nesse capitalismo “selvagem” pouco importa a origem dos recursos utilizados para a ostentação de riqueza, os quais muitas vezes são provenientes de crimes financeiros e contra a administração pública.

⁴ Sobre o tema, proclama CIRINO DOS SANTOS em artigo intitulado “O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual” : Após o fracasso universal da *prevenção especial positiva* como *correção* do condenado criminal, esse ilustre professor da Universidade de BONN desenvolveu o discurso da *prevenção geral positiva* para legitimar a pena criminal, agora concebida como *estabilização das expectativas normativas* – um fenômeno de psicologia social definido pela sociologia de LUHMANN, que inspira a teoria jurídico-penal de JAKOBS

Fixados esses contornos, o indesejado é aquele que não tem condições de prover o seu sustento ou mesmo de consumir os bens de capitais disponíveis na economia. Esse cidadão não consegue se inserir na sociedade, e é considerado invisível ao sistema. Já, o inimigo, é esse mesmo indesejado que, num dado momento, não se conformando com a sua frustração pela impossibilidade de aquisição de bens materiais, resolve utilizar da violência ou do crime para ter a possibilidade de possuir os tão desejados bens de capital que possibilitem a sua inserção social.

Esse cidadão estigmatizado como indesejável é eleito para ser o cliente potencial da repressão penal do Estado, enquanto o autor de crimes econômicos, quando descoberto, responde por uma espécie de simulacro de processo penal, no qual a consequência quase inevitável é a prescrição. Adentrando esse tema, Bacila (2014, p. 19) explica como “consequência principal das metasrregras é a seleção de certas pessoas para o sistema penal. Muitos praticam crimes (a maioria da população), mas somente alguns são escolhidos pelo sistema para responder.”

Naturalmente, em pouco tempo, esse agente indesejável deve ser neutralizado e encarcerado por colocar em risco o próprio sistema econômico. Para ele, não se investem em políticas públicas de inserção no mercado formal de trabalho, não se oportunizam chances de estudo e de prestações estatais básicas. A única prestação que o Estado lhe oferece é a repressão penal, tendo em conta que ele gera tensão na sociedade e todos são suas potenciais vítimas.

A partir dali, quando esse inimigo é caracterizado pelos seus atos pretéritos, todas as suas ações futuras devem ser controladas, e o fato de ter demonstrado periculosidade para o sistema legitima a atuação antecipada dos órgãos repressores do Estado, que passam a atuar quase como uma polícia administrativa. Como o cidadão é perigoso, deve responder seus processos na prisão (40% da população carcerária do Brasil é formada por presos provisórios)⁵, tendo em vista que anteriormente já cometeu outros crimes da mesma espécie (quase sempre patrimoniais ou relacionado ao tráfico de drogas) o que permite um prognóstico de reincidência caso vigore a presunção de não culpa.

⁵ De acordo com reportagem da Revista “Istoé” edição nº 2265 de 12 de abril de 2013 demonstra que: “No final de março, peritos do Conselho de Direitos Humanos da ONU visitaram penitenciárias de cinco capitais brasileiras. O País chama a atenção pelo acelerado crescimento de sua população carcerária, que alcançou a quarta posição no ranking mundial. Há 550 mil detentos no Brasil, número cinco vezes maior que em 1990. O grupo investigou detenções arbitrárias – ilegais ou desnecessárias. No documento preliminar entregue às autoridades, os peritos destacaram o uso excessivo de privação de liberdade e a falta de assistência jurídica gratuita. Ao contrário do que se preconiza mundo afora, a regra tem sido punir antes para averiguar depois. Cerca de 40% do total são presos provisórios, que ainda não receberam sentença.” Disponível no site http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU?pathImagens&path&actualArea=internalPage acessado em 16 de abril de 2013.

O que ocorre é a neutralização do indivíduo para não colocar em risco novamente a “paz social” e garantir a “ordem pública”⁶.

A crítica de que a teoria de Jakobs não tem critérios precisos para definir quem é o inimigo é procedente e viável tão somente no que se refere à classe dos indesejados. Dentre esses, há aqueles que, mesmo diante das conjecturas desfavoráveis, mantêm a convicção de que o trabalho honesto é o caminho correto a trilhar, se inserindo numa perspectiva de exploração de mão de obra do sistema. Esse indivíduo pobre que não tem condições financeiras favoráveis acaba por dividir espaço com os mesmos cidadãos que escolhem por utilizar de ilícitos penais para obtenção dos recursos financeiros que necessitam. Eles também moram nos bolsões da pobreza, e, muitas das vezes possuem as mesmas características físicas destes.

Essa classe operária trabalhadora é facilmente confundida e perseguida como inimigo da sociedade mesmo sem romper o pacto social. Isso acontece seguidamente quando polícia administrativa realiza operações nos bairros pobres com a real finalidade neutralizar “inimigos da sociedade”, utiliza o falacioso argumento de “Guerra ao tráfico” para a realização de abusos policiais seguidos de prisões ou mesmo execuções sumárias daquele identificado como possível “inimigo”⁷.

De outra banda, as abordagens sobre seletividade penal na doutrina, em regra, são repetitivas, desgastantes e pouco inovadoras. Quase sempre é lembrado o papel estigmatizado reservado aos menos abastados economicamente, a seletividade penal atuando para reprimir rigorosamente os mais pobres, reservando tratamento diferenciado em relação à classe dominante.

⁶ Conforme pontua Dallagnol e Martello Jr no se referindo aos criminosos abastados: Enquanto tais delinquentes do alto escalão social gozam de sua fortuna, angariada com prejuízos milionários à sociedade, de outra parte inúmeros réus sequer condenados estão presos em Delegacias Públicas pela prática de crimes simples, como furtos (subtração sem violência ou ameaça) de pequenos valores. O rigor que lhes é aplicado, por alguma razão, não cabe àqueles primeiros. **“Pronunciamento dos Procuradores da República responsáveis pelo Caso Sundown – um manifesto por uma melhor distribuição da Justiça Criminal”** disponível no site http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf acessado no dia 17 de abril de 2013.

⁷ A título de ilustração, vale citar a história exposta na Revisão Istoé que narra que, em 2003, o ajudante de pedreiro Heberon Oliveira foi acusado de entrar na casa de vizinhos na periferia de Manaus, arrastar uma criança para o quintal e estuprá-la enquanto os pais dormiam. Heberon dizia que, na noite do crime, estava em outro bairro da cidade. Ninguém acreditou. A vítima, uma menina de 9 anos, se viu pressionada a reconhecê-lo como algoz e dar um desfecho ao escândalo. Embora a descrição do suspeito divergisse das características físicas de Heberon, ele foi para a cadeia. Lá aguardou julgamento por quase três anos jurando inocência. A mãe chegou a ser hospitalizada ao receber a notícia. “Com a vida que a gente levava, não podia garantir que ele nunca roubaria”, diz Socorro Lima. “Mas não seria capaz de uma coisa dessas.” Dona de casa e pensionista, ela pegou empréstimos para bancar advogados. Atrás das grades, o rapaz sem antecedentes criminais assistiu a rebeliões, entrou em depressão, foi abusado sexualmente e contraiu o vírus HIV. E nada de audiência ou sentença. Até que a defensora pública Ilmair Siqueira assumiu o caso: ela alertou o promotor de que não havia provas ou testemunhas para acusar seu cliente. O juiz pediu desculpas pela injustiça e concedeu a liberdade. Mas Heberon nunca mais seria um homem livre. Tentou um emprego numa loja de materiais de construção e foi vítima do preconceito entre os próprios colegas, que temiam até beber água da mesma torneira. Sete anos após sua absolvição, o rapaz permanece desempregado. Hoje, perambula pelas ruas catando latinhas e consumindo pedras de oxi. “Eu morri quando me fizeram pagar pelo que não fiz”, diz Heberon aos 32 anos, explicando por que não toma o coquetel contra a Aids. “Todos os dias tento esquecer o que vivi”, diz ele, vítima de um sistema judiciário que também está doente e, segundo as Nações Unidas, desperta graves preocupações. Disponível no site: http://www.istoe.com.br/reportagens/290269_HISTORIAS+QUE+ASSUSTAM+A+ONU?pathImagens&path&actualArea=internalPage acessado em 16 de abril de 2013.

De outro lado, esse mesmo Direito Penal que reprime rigorosamente os seus inimigos, é benevolente com os “amigos” do sistema político.

O que os estudos sobre seletividade penal não adentraram, é no direito penal do “amigo”. A forma que a impunidade se manifesta em relação aos crimes do colarinho branco não é pesquisada com profundidade. Em outros termos, muito se critica o direito penal incidindo repressivamente nas camadas mais pobres, mas pouco se tem produzido na atuação branda do direito penal na classe mais alta.

Na realidade, o “amigo” da sociedade dificilmente corre o risco de ser confundido com o “inimigo” de Jakobs. Frequenta lugares isentos de ação das autoridades policiais, reside em bairros muitos distantes dos clientes do sistema carcerário, e, quase sempre está por perto dos administradores públicos e dos próprios julgadores. Trata-se do cidadão abastado financeiramente, o qual tem aparência muito semelhante àquele que controla o sistema, veste-se com as mesmas roupas e matricula os filhos nas mesmas escolas particulares. Em relação a estas pessoas os julgadores, em regra, ainda que inconscientemente, costumam ser benevolentes na aplicação da lei penal.

Esse ponto é tratado por Sérgio Fernando Moro no artigo “Não é dos astros a culpa”⁸ (2014, p. 1) dizendo que: “é imprescindível também mudança de percepção dos juízes quantos aos males da corrupção. Se um terço do rigor contra os criminosos do tráfico de drogas fosse transferido para os processos de crimes de corrupção, haveria grande diferença.”

Quando comete os crimes, mesmo de forma sistemática e é descoberto, o criminoso do colarinho branco conta com a menor rigidez dos julgadores que se enxergam no corpo e pele do próprio réu. Para ele, não há necessidade de neutralização tendo em conta que caso seja preso não poderá mais utilizar de seu poder econômico para adquirir os bens de consumo e movimentar o sistema econômico capitalista.

Além disso, como as suas garantias processuais devem ser asseguradas com todos os recursos ordinários e extraordinários cabíveis, contando ainda com o remédio heroico do *habeas corpus* para permitir infinitos reexames de matérias de mérito já examinadas pelas instâncias inferiores. Nessa conjectura, a tendência é que processo se estenda durante anos, até mesmo décadas, pois mesmo que haja certeza da materialidade e autoria, haverá necessidade de perquirir sobre inúmeras discussões formais sobre a validade do processo.

Para esse réu “amigo” do sistema, é válido todo o amplo discurso de garantias individuais, e nunca é demais lembrar de forma romântica o longo histórico de lutas dos cidadãos contra o poder opressivo do Estado. Assim, nesse contexto, deve-se esperar a última palavra do Supremo Tribunal Federal antes de qualquer medida restritiva de liberdade. Seus crimes não produzem clamor

⁸Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo do dia 24/06/2014.

social, pois o bem jurídico afetado é difuso, inexistem vítimas determinadas para exigir a punição pelos seus atos (o que também torna difícil aferir a lesividade social de sua conduta) e não há risco de reiteração delitiva ou risco à ordem pública pelo simples fato que o réu quase sempre é primário, tendo em conta que os seus processos anteriores simplesmente não chegam ao fim.

Como não são perigosos, inexistem necessidade de neutralização de suas condutas, sendo que, quase sempre, eles continuam indefinidamente nos seus altos cargos do governo para continuar utilizando de seu prestígio para perpetuar mais e mais crimes enquanto o processo não transita em julgado⁹, ou esperando a inevitável prescrição, ou aguardando a decretação de nulidade de todas as provas do processo por um suposto vício na fase investigativo.

Assim, os criminosos do colarinho branco são processados numa simulação de processo penal, a qual serve única e exclusivamente para legitimar o sistema repressivo sob uma falsa aparência de igualdade, mas que no fim tem por objetivo nodal a não aplicação de nenhuma sanção penal ao réu.

Em seus estudos, o eminente Procurador Regional da República Douglas Fischer¹⁰ (2009) designou essa tradição seletiva pela denominação *garantismo hiperbólico monocular*. O garantismo de Luigi Ferrajoli¹¹, Professor italiano de Filosofia Jurídica e Teoria Geral do Direito, é uma vertente do direito penal que prega a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. É amplamente aceito como um postulado essencial à subsistência dos direitos fundamentais e do estado democrático de direito.

Acontece que, no Brasil, a defesa de direitos fundamentais no processo penal se desenvolveu de modo *monocular e hiperbólico*, tendo em conta que o belo discurso de salvaguarda das garantias individuais só se aplica aos réus do colarinho branco, deixando os acusados da prática de crimes patrimoniais, delitos violentos ou de tráfico de drogas abandonados à própria sorte. Essa aplicação seletiva do garantismo de Ferrajoli não enxerga a defesa dos direitos fundamentais sociais e coletivos promovida pelo Ministério Público em casos criminais, o que inclui direitos essenciais tutelados pela Constituição e pelo Código Penal: vida, segurança, propriedade, um julgamento justo dentro de um tempo razoável dentre outras coisas.

⁹ Sobre o tema, vale frisar que, na AP nº 409, mesmo condenando criminalmente o réu, o STF entendeu que não era cabível a perda do cargo do deputado federal José Geraldo pelo fato de que o crime da condenação foi praticado enquanto ele era prefeito.

¹⁰ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e princípio da proporcionalidade: breve anotações de compreensão e aproximação de seus ideais. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, Mar. 24, 2009 (Braz.), disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>.

¹¹ Sobre o assunto: FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

Nesse contexto, as garantias processuais são tão superestimadas que se esquece que o processo é não é um fim em si mesmo, mormente quando milhares de ações criminais são fulminadas à espera do segundo reexame de mérito no Superior Tribunal de Justiça.

Assim, a seletividade penal se manifesta tanto na opressão da classe de “indesejáveis”, responsável pela prática de crimes patrimoniais e de tráfico de drogas, quanto na impunidade da alta classe social, na qual se cometem os chamados crimes do colarinho branco.

Em conclusão,¹² “no Brasil, contam-se como exceções processos contra crimes de corrupção e lavagem que alcançaram bons resultados. Em regra, os processos duram décadas para ao final ser reconhecida alguma nulidade arcana ou a prescrição pelo excesso de tempo transcorrido”.

Para os fins do presente estudo, pretende se demonstrar que uma das principais formas de manifestação da seletividade penal nos crimes do colarinho branco é a utilização desviada do *habeas corpus*. Contudo, para fins didáticos e de referencial teórico, serão mencionados diversos outros obstáculos que são enfrentados na persecução penal dos delitos financeiros e econômicos cometidos pelas classes sociais mais abastadas.

2. FATORES DE IMPUNIDADE DOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

As dificuldades operacionais da persecução dos crimes praticados pelas classes mais altas da sociedade começam antes mesmo do processo criminal. É fato que as investigações dos crimes do colarinho branco são distintas dos crimes comuns. Isso porque normalmente esses delitos envolvem o desvio de grandes somas em dinheiro, em regra, relacionadas a recursos públicos, sendo que os autores se utilizam de métodos sofisticados e de transações complexas que dificultam o rastreamento do montante desviado.

Aliás, diga-se de passagem, a célebre expressão *follow the money* que ganhou notoriedade para as investigações dos crimes de colarinho branco na década de 70 durante o escândalo Watergate¹³, atualmente encontra diversos obstáculos para sua aceitação. Com a chegada da globalização e da popularização da *internet* na década de 90 do século passado, as fronteiras entre as nações diminuíram, recrudescendo a criminalidade transnacional, e sofisticando as operações

¹² MORO, Sergio, BOCHENEK, Antonio, no artigo “O problema é o processo” publicado no Jornal O Estado de São Paulo na edição de 29 de março de 2015.

¹³ O caso Watergate foi o escândalo político ocorrido na [década de 1970](#) nos [Estados Unidos](#) que, ao vir à tona, acabou por culminar com a renúncia do presidente americano [Richard Nixon](#) eleito pelo partido republicano. "Watergate" de certo modo tornou-se um caso paradigmático de corrupção. Fonte: Wikipedia acessado em 31/08/2014 disponível http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Watergate. Interessante notar que após a renúncia de Nixon, o vice-presidente, Gerald Ford, anistiou todos os envolvidos no escândalo, o que demonstra que a impunidade dos crimes dos poderosos não é exclusividade brasileira.

bancárias de pulverização de capitais ilícitos, mediante esquemas internacionais de lavagem de dinheiro.

Esses fatores dificultam o rastreamento de valores obtidos de forma ilícita, sendo certo que atualmente é imprescindível a utilização de métodos investigativos mais modernos e eficazes para enfrentar a criminalidade econômica organizada. Essas técnicas especiais de investigação, incorporadas em diversos tratados internacionais e legislações estrangeiras, foram recentemente regulamentadas na legislação brasileira com a promulgação da lei nº 12.850/2013. A novel legislação tratou, dentre outras coisas, da ação controlada¹⁴, da colaboração premiada¹⁵, da infiltração de agentes¹⁶ e da captação ambiental de sinais eletromagnéticos¹⁷.

Além das dificuldades operacionais existentes em virtude da complexidade das investigações, há outros diversos outros fatores que contribuem para a impunidade dos crimes de colarinho branco, sendo importante mencionar as lúcidas ponderações do ex-Ministro do STJ, Gilson Dipp¹⁸:

As penas são em sua maioria até quatro anos de reclusão. Poucos tipos penais passam disso. E nem sempre o juiz condena à pena máxima. Vai depender das circunstâncias do processo, das características do réu, se é primário, tem bons antecedentes. E quase todos nesses casos têm a favor de si todas essas circunstâncias atenuantes. E, por força da lei, essas penas podem ser substituídas por penas restritivas de direitos. Consequentemente, não se vai ver nenhuma dessas pessoas presas. O terceiro aspecto é que os bens desviados foram muito pouco recuperados, até porque não temos

¹⁴ art. 8º: Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. § 1º O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público

¹⁵ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

¹⁶ Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

¹⁷ Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: (...) II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos

¹⁸ Entrevista ao periódico Correio Forense. Setembro de 2008 disponível no site <http://correio-forense.jusbrasil.com.br/noticias/62051/para-ministro-do-stj-crimes-de-colarinho-branco-nao-dao-cadeia> acessado no dia 18/09/2014.

cultura de recuperação de ativos. São crimes praticados de forma mais complexa, que envolvem outros conexos, pois, em regra, os crimes contra o sistema financeiro nacional estão ligados à corrupção na administração pública.—E porque a pena para cada crime é baixa ocorre a prescrição...— Sim, e pela complexidade dos crimes, da complexidade da apuração e da investigação, muito desses crimes evidentemente estão fadados à prescrição, seja nos tribunais de segundo grau, seja nos tribunais superiores. O sistema processual também permite ampla gama de recursos. Permite a ampla defesa e o contraditório levados ao extremo. Se as diligências dependem de prova complexa e difícil, a persecução penal também é difícil. E o juiz tem dificuldade de proferir sentença em tempo hábil e eficaz. Nesse tipo de crime é preciso que haja muita gestão, ampla cooperação entre órgãos envolvidos, polícia, juiz e Ministério Público.

A seguir, serão exploradas com mais profundidade alguns desses fatores, como também as seguintes causas de impunidade dos crimes do colarinho branco: 1) foro por prerrogativa de função 2) a prescrição 3) a utilização abusiva do sistema recursal do processo penal.

2.1. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

Atualmente, ao tratar da competência, o Código de Processo Penal prevê expressamente o foro por prerrogativa de função, conforme está delimitado nos seus arts. 69, VII, 84, 85, 86 e 87. Tais disposições ainda são corroboradas por inúmeros dispositivos constitucionais que estabelecem a competência dos tribunais para julgamento de determinadas autoridades ocupantes dos mais diversos cargos públicos desde o Presidente da República até os prefeitos de município minúsculos. Trata-se de competência originária *ratione personae* dos tribunais.

De acordo com Tourinho Filho (2002, p. 126), o foro por prerrogativa de função não se cuida de um privilégio, mas sim, uma prerrogativa inerente à função na medida em que:

o privilégio decorre de benefício à pessoa, a prerrogativa envolve a função. Quando a Constituição proíbe o 'foro privilegiado', ela está vedando o privilégio em razão das qualidades pessoais, atributos de nascimento... Não é pelo fato de alguém ser filho ou neto de Barão que deva ser julgado por um júízo especial, como acontece na Espanha, em que se leva em conta, muitas vezes, a posição social do agente." Efetivamente, a Constituição espanhola estabelece expressamente que "la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad.

Entretanto, ousamos discordar do eminente processualista.

A partir do estudo de dados estatísticos que serão explorados com profundidade no próximo item, atualmente, no Brasil, salvo raríssimas exceções, o foro por prerrogativa de função funciona como um atestado de impunidade.

O fato é que os tribunais superiores ou inferiores já se encontram abarrotados de processos

e competências, não tendo a menor condição de julgar com celeridade as infinitas demandas cíveis e penais, recursais e originárias. Ademais, a distância em relação ao local de ocorrência dos fatos resulta em severas dificuldades operacionais para presidir investigações ou instruir ações penais, o que acaba por burocratizar a apuração penal, culminando, na maioria das vezes na impossibilidade de esclarecimento dos fatos, no esquecimento e na prescrição.

Compartilha da mesma opinião, Luiz Flavio Gomes¹⁹ (2007):

É um absurdo sem tamanho atribuir a um Ministro de Tribunal ou a um Desembargador a responsabilidade de se encarregar da fase pré-processual (preliminar). Quem recebe, por ano, milhares de processos para julgamento, não tem a mínima condição material de instruir a fase preliminar desses casos de foro por prerrogativa de função. De outro lado, justamente porque se trata das mais altas autoridades da república, o mais conveniente é que um juiz tenha competência para isso. Conclusão: o mais pronto possível, impõe-se a instituição de um novo juizado (Juizados de Instrução), composto de juízes de primeira instância (quando a competência é dos Tribunais de segundo grau) ou de juízes e/ou desembargadores (quando a competência é dos Tribunais superiores), que deve se encarregar da fase preliminar investigatória de todos os casos de foro especial por prerrogativa de função

No caso do STF, a situação é ainda mais complicada pelo número reduzido de membros (apenas onze), como também pelo fato de acumular a função de Corte Constitucional ao lado de dezenas de competências recursais ordinárias e extraordinárias, competências cíveis e penais originárias. Prova disso é que a Corte Suprema demorou 123 anos²⁰ para proferir a primeira condenação na sua competência penal originária. O então Senador Federal Pedro Simon²¹ chegou a manifestar que: “alguma coisa tem que ser feita. Onze ministros do Supremo não podem instruir e julgar milhares de processos.”

Aliás, diga-se de passagem, analisando o direito comparado, como pondera André Ramos Tavares (1993, p. 40)²², constata-se que as demais Cortes Constitucionais pelo mundo não

¹⁹ Corrupção, foro por prerrogativa de função e juizado de instrução, Revista Jus navegandi disponível <http://jus.com.br/artigos/10229/corruptao-foro-por-prerrogativa-de-funcao-e-juizados-de-instrucao> acessado em 1/02/2015.

²⁰ Como salientado, com esta denominação, o STF foi criado pelo Decreto nº 510/1890, sendo certo que não registrava condenações criminais até 2013.

²¹ Disponível na notícia “**Problemas para julgar e punir as autoridades**” no site <http://www.senado.leg.br/senadores/senador/psimon/noticias1.asp?noticia=3068> acessado em 1/02/2015

²² Nesse sentido: “no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em decisão relatada por Celso de Mello, tem-se a explicitação da ideia de que esse Tribunal desempenha “típica função política ou de governo” (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 1990, p. 3048). *in* Justiça Constitucional e suas fundamentais funções, p. 40, disponível no site <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/95317/Tavares%20Andr%C3%A9.pdf?sequence=1> acessado no dia 16 de agosto de 2014. Na mesma linha, sobre o desvio de funções do Supremo Tribunal Federal: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão

acumulam outras funções, operando única e exclusivamente para exercer o controle concentrado de constitucionalidade das leis inferiores. O Brasil é o único país do mundo que o Tribunal Constitucional, além de ter a complexa tarefa de exercer o controle de constitucionalidade, acumula incontáveis competências diversas, o que fulmina por aniquilar a eficiência da Corte Suprema.

Além disso, não bastassem as inúmeras previsões de foro por prerrogativas de função conferidas pela própria Constituição Federal a parlamentares federais, estaduais, ministros de estado, governadores, membros do Ministério Público, da Magistratura, membros das Cortes de Contas Estaduais, tanto por crimes funcionais como crimes comuns (que não tem nenhuma relação com a função pública exercida), constata-se que muitas vezes há ampliação do rol de beneficiados pelas Constituições Estaduais. Nessa seara, já foram conferidos foro por prerrogativa de função a vereadores²³, delegados²⁴, defensores públicos²⁵, procuradores de estado²⁶, dentre outros.

Essa ampliação do foro por prerrogativa de função tornou o Brasil um dos países com maior número de autoridades beneficiadas do mundo. Vejamos.

2.1.1. Foro por prerrogativa de função- Brasil e direito comparado.

No Direito Comparado, em que pese a existência de foro por prerrogativa de função em praticamente todos os modelos constitucionais similares ao brasileiro, não se verifica tamanha abrangência dos casos de competência originária criminal dos tribunais em razão da função ocupada pelo autor do fato.

Com lúcidas ponderações, o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, mencionou no Inquérito nº 687 (Questão de Ordem) que “poucos ordenamentos são tão pródigos quanto a vigente Constituição brasileira na outorga da prerrogativa de foro” lembrando que a extensão do foro por prerrogativa de função a todos os membros do Congresso Nacional,

precípua de guarda da constituição *Direito Público*, São Paulo, v. 93, n. 4, 1993.

²³ STJ – 5ª T. – HC nº 40.388-RJ – Rel. Min. Gilson Dipp – j. 13.09.05 – empate – DJU 10.10.05, pág. 401

²⁴ Na ADI 2.587/GO, o STF declarou que o foro especial previstos para delegados exclusivamente na Constituição Estadual não prevalece sobre a competência constitucional do Tribunal do Juri.

²⁵ Na ADI 2587/GO em 1.12.2004, o Supremo entendeu pela viabilidade da prerrogativa de foro como importante mecanismo para garantir a independência do defensor. Portanto, atualmente o STF entende possível a existência de foro por prerrogativa de função para o defensor público nas Constituições Estaduais.

²⁶ Em precedente recente o STF afirmou pela viabilidade do foro especial para o procurador geral do estado, desde que exista previsão expressa na Constituição Estadual (HC 103803, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 03-10-2014 PUBLIC 06-10-2014)

alcançando tantos os crimes comuns quanto os funcionais só existe na Constituição da Espanha²⁷ (art. 71,4-) e na Constituição da Venezuela (art. 215,1º e 2º).

Vale frisar que a extensão do foro por prerrogativa de função a inúmeras autoridades na Espanha vem sendo objeto de severas críticas, mormente em razão do seu descompasso com os demais países da comunidade europeia²⁸.

As demais constituições analisadas restringem o cabimento do foro por prerrogativa de função tão somente para altas autoridades da República.

Na Itália, o foro por prerrogativa de função fica restrito ao cargo de Presidente da República, cabendo à Corte Constitucional o julgamento de tal caso, não englobando, sequer os ministros de Estado que ficam sujeitos ao juízo ordinário, devendo nesse caso a instauração do processo ser autorizada pelo Senado da República ou pela Câmara dos Deputados²⁹.

A restrição do foro por prerrogativa de função para o Presidente da República em relação aos crimes funcionais tem previsão expressa na Constituição de Portugal, a qual prevê que ao fim do mandato cessa o foro especial³⁰. Segue a mesma linha a Constituição francesa, em que há a previsão do foro especial para o Presidente da República na Suprema Corte de Justiça, sendo que o processo só se instaura por maioria absoluta dos membros do Poder Legislativo e em caso de alta traição à pátria³¹. Aos integrantes da alta cúpula do governo também é concedido o direito de

²⁷ O arts. 102 e 71 da Constituição Espanhola tratam do foro por prerrogativa de função para o Presidente e demais membros do governo, e para os deputados e senadores, respectivamente. Não há expressa limitação da competência especial para os crimes funcionais, existindo decisão do Tribunal Constitucional (Sentencia 22/1997) que entendeu que o foro por prerrogativa de função perdura em relação aos crimes funcionais mesmo após o fim do mandato. Essa decisão vai de encontro o entendimento do Supremo Tribunal Federal que manifestou na ADIn 2797 pela inconstitucionalidade do art. 84, § 1º e 2º do CPP, o qual previa o foro especial após o fim do mandato, independente da natureza do delito.

²⁸ Sobre o assunto, Andrey Borges de Mendonça escreve: De início, porém, é importante deixar claro que o foro por prerrogativa de função na Espanha também vem sendo objeto de profundos questionamentos. Realmente, analisando-o, verifica-se que possui amplitude incomum para países europeus, encontrando-se em descompasso com os demais países do mundo, pois está entre os países que contempla o maior número de hipóteses de foro por prerrogativa de função, o que é objeto de crítica por parte de parcela da doutrina especializada. Realmente, a instituição do aforamento na Espanha é difícil de ser justificada. (O foro por prerrogativa de função na Espanha, Revista Custos Legis, ano 2012, disponível no site www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/...custos-legis/at.../publicacao acessado em 1/02/2015).

²⁹Articolo 134. La Corte costituzionale giudica:

(...)

sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.

Articolo 96. Il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale.

³⁰Art. 130, 1. Por crimes praticados no exercício das suas funções, o Presidente da República responde perante o Supremo Tribunal de Justiça.

Art. 130, 4. Por crimes estranhos ao exercício das suas funções o Presidente da República responde depois de findo o mandato perante os tribunais comuns.

³¹ Article 68: Le Président de la République, n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ces fonctions qu'en cas de haute trahison. Il ne peut être mis en accusation que par les deux assemblées satuant par um vote identique au scrutin public et à la majorité absolue des membres les composant; il est jugé par la Haute Cour de Justice.

juízo perante a Corte de Justiça da República.

Mais restrita ainda é a Constituição norte-americana que sequer prevê o foro por prerrogativa de função para o Presidente da República, restringindo a aplicação da competência originária aos embaixadores e em casos de deposição de juízes federais³².

Assim, dentre os ordenamentos jurídicos analisados, pode-se perceber que a Constituição Brasil é certamente a que possui o espectro mais amplo de autoridades possuidoras de foro por prerrogativa de função.

2.1.2. Estatísticas relacionadas ao foro por prerrogativa de função e crimes do colarinho branco.

De acordo com dados da Revista Congresso em foco³³, em 2013, dos 594 parlamentares federais (81 senadores e 513 deputados federais) 224 congressistas respondiam a 542 inquéritos ou ações penais no Supremo Tribunal Federal.

Mais recentemente, em entrevista ao mesmo periódico, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, chamou a atenção para a calamitosa questão do foro por prerrogativa de função perante o STF afirmando que, acrescentando os casos sigilosos, o número de parlamentares que são objeto de alguma apuração na Corte Suprema é “um pouco menos que 300”. Fazendo uma conta simples, Janot expôs que, se fossem 200 parlamentares com pendências judiciais, o STF demoraria, numa visão otimista, 400 sessões plenárias para analisar o recebimento da denúncia e julgar a acusação. Em outras palavras, seria mais de meia década para a conclusão de todos os casos!!

O número atual é ainda maior, tendo em conta as recentes aberturas de inquéritos policiais em face dos 49 políticos³⁴ investigados por suspeitas de recebimento de propina na Operação Lava Jato.

É certo que o problema pode ser atenuado com a recente modificação feita pela Emenda

[70] Article 68-1: Les membres du gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis.

Ils sont jugés par la Cour de justice de la République

³²Article III, Section 2, Clause 2. In all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls, and those in which a State shall be Party, the supreme Court shall have original Jurisdiction.

Article III, Section 2, Clause 3. The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed.

³³ Revista Congresso em Foco, Maio de 2014. Disponível no site <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/janot-metade-do-congresso-tem-pendencias-criminais/> acessado em 16 de agosto de 2014.

³⁴ Disponível na notícia “ Com parlamentares investigados, PT e PSDB defendem Lava Jato” no site <http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/com-parlamentares-investigados-pt-e-psdb-defendem-lava-jato-9689.html> acessado em 6/04/2015.

69/2014 do Regimento Interno do STF³⁵ que confere a competência para julgamentos criminais originários às turmas e não mais ao Plenário. Contudo, os números demonstram a pouca chance de efetividade em relação às investigações de parlamentares, quase sempre relacionadas a crimes de colarinho branco. Ademais, como serão explorados no próximo item, outros fatores influem na ineficiência do sistema, como a demora no recebimento da denúncia e a benevolência na aceitação de infundáveis recursos secundários (mesmo nos processos de competência originária do STF).

Corroborando essa tese, um estudo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)³⁶, divulgado em Brasília em 2007 revela que desde 1988, ano da aprovação da Constituição brasileira, até maio de 2006, nenhuma autoridade havia sido condenada no Supremo Tribunal Federal (STF) nas 130 ações protocoladas, sendo que 13 processos prescreveram antes de ir a julgamento, sendo que as seis que foram julgadas resultaram na absolvição dos envolvidos. No STJ, registrava-se um total de 483 ações penais ajuizadas, havendo apenas 5 condenações, 11 absolvições e 71 processos que prescreveram antes do julgamento, o que equivale a apenas 2,2% de julgamento das ações penais iniciadas.

Em que pese esses dados tenham se alterado com as recentes condenações da AP nº 470 (Mensalão) e do ex-deputado federal Natan Donadon, as informações são suficientes para demonstrar que o atual modelo de competência originária criminal das duas principais cortes do país tem que ser revisto.

Outra conta simples que demonstra a insustentabilidade do atual modelo de foro por prerrogativa de função se refere aos prefeitos municipais. Atualmente, o Brasil conta atualmente com 5570 prefeitos³⁷, todos detentores de foro por prerrogativa de função nos respectivos tribunais estaduais e federais, sendo que a República Federativa do Brasil é a única federação do mundo em que o município é considerado ente federativo, o que é alvo de severas críticas da doutrina³⁸.

Em relação aos membros dos Tribunais de Contas estaduais, que possuem foro por

³⁵ Esta alteração foi objeto da ADI 5175 proposta pela Mesa da Câmara dos Deputados que pede liminarmente a suspensão de dispositivos da Emenda Regimental 49 de 2014.

³⁶ Disponível na notícia “**Problemas para julgar e punir as autoridades**” no site <http://www.senado.leg.br/senadores/senador/psimon/noticias1.asp?noticia=3068> acessado em 1/02/2015.

³⁷Dados do IBGE 2014. Contudo, este número deve aumentar. Notícias recentes demonstram que há chance da derrubada do veto da Presidente da República ao projeto de lei 98/2002 que visava abrandar a criação de municípios, o que poderia resultar na criação de mais 400 municípios no Brasil ao custo estimado anual de R\$ 9 bilhões. Sobre o tema: <http://www.hojeemdia.com.br/noticias/criac-o-de-400-cidades-no-brasil-sera-definida-pelo-congresso-1.219087> acessado em 18/08/2014.

³⁸Discordando da configuração do município como ente federativo: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p 101 e .MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 865.

prerrogativa de função perante o Superior Tribunal de Justiça, em recente evento no dia 15/08/2014, em Curitiba, a Federação Nacional das Entidades dos Servidores dos Tribunais de Contas do Brasil defendeu o afastamento de 47 membros das Cortes Estaduais que respondem a processos criminais na justiça, o que representa 20% dos 238 conselheiros de Tribunais de Contas espalhados pelo país³⁹.

Ou seja, os poucos números compilados tendem a demonstrar que a atual configuração do sistema de foro por prerrogativa de função, conferindo competências penais originárias aos sobrecarregados tribunais superiores brasileiros, acarreta um quadro de impunidade, onde pouquíssimos processos terminam com condenações efetivas.

2.1.3. Estudos de Casos. Condenações do Supremo Tribunal Federal.

Para o fim de possibilitar um referencial empírico para esse capítulo, vale fazer breves considerações acerca do histórico de ações penais originárias no STF, principalmente em relação às primeiras condenações registradas.

O Supremo Tribunal Federal foi criado após a proclamação da República, constando na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890.

Até o início do julgamento da AP n.º470, também conhecido como “Mensalão”, a Corte Suprema do país registrava apenas quatro condenações criminais, nenhuma com trânsito em julgado e onze absolvições. Certamente, o notório asoberbamento do STF, como também a benevolência dos julgadores com as teses da defesa, admitindo a análise de inúmeros recursos manifestamente protelatórios de uma decisão que deveria ser irrecorrível demonstra um sistema pouco eficiente.

Alguns casos como o do deputado federal Paulo Maluf são emblemáticos. Denunciado em 2006 pelo Ministério Público Federal de São Paulo por crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional⁴⁰, a inicial acusatória contra Maluf somente foi recebida em

³⁹Notícia disponível no jornal Gazeta do Povo, 16/08/2014 disponível <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/eleicoes/2014/conteudo.phtml?tl=1&id=1491745&tit=Federacao-pede-afastamento-de-conselheiros-sob-suspeita>- acessado em 18/08/2014.

⁴⁰O MPF imputa a Maluf a propriedade de contas ocultas na órbita de US\$ 446 milhões no exterior. Tendo, inclusive, seu genro admitido à Justiça que movimentou recursos ilegais nestas contas. O dinheiro seria referente a desvio de recursos públicos na construção do túnel Ayrton Senna quando o acusado era prefeito de São Paulo no ano de 1998.

Em maio de 2014 a PGR, com base no art. 47 da Convenção de Merida, bem como a extraterritorialidade incondicionada da lei penal, pediu ao STF a transferência das ações penais que MALUF responde no exterior para o Brasil, sendo tal pedido deferido. Segundo a PGR, MALUF responde a ações penais com bloqueio de ativos nos seguintes países: a) Suíça: US\$ 13 milhões; b) Luxemburgo: US\$ 8 milhões; c) França: US\$ 5 milhões; d) Jersey (Ilhas do Canal): US\$ 27 milhões.

setembro 2011, quase cinco anos depois do seu oferecimento, prazo em que a prescrição penal continuou correndo normalmente. No caso de Maluf, as chances de cancelamento do processo pela prescrição são aumentadas pelo fato do deputado federal ter completado 70 anos de idade, o que ocasiona a contagem do prazo prescricional pela metade.

No tocante às condenações criminais no STF, a primeira ação penal julgada procedente foi no dia 13 de maio de 2010, quando o deputado federal do Ceará, José Gerardo de Oliveira Arruda Filho, foi condenado a 2 anos e 2 meses de detenção na AP nº 409 por ter desviado R\$ 500.000,00 de um convênio federal firmado na época em que exercia o cargo de Prefeito na cidade de Caucaia⁴¹. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos. A condenação foi proferida em 13/05/2010, todavia, até o dia 7 de maio de 2015, não houve início de execução penal pelo fato de o processo não ter transitado em julgado. O réu interpôs agravo regimental, que foi improvido no dia 19/09/2013. Logo após, ingressou com “pedido de providência”, sendo aberta vista ao Procurador Geral da República, que se manifestou pelo imediato início de cumprimento da pena. A última movimentação processual em 5 de fevereiro de 2014 registra a interposição de um agravo regimental contra a não admissão de embargos infringentes. Não houve trânsito em julgado ou execução penal.

A segunda condenação, em 20/05/2010, foi a do ex-prefeito de Curitiba e ex-Secretário estadual de planejamento do Paraná (2011-2014), Cássio Taniguchi. Após o STF entender pela comprovação da autoria e materialidade do crime do art. 1º, inciso IV, do Decreto 201/67, consistente no pagamento de precatório sem dotação orçamentária e com preterição da ordem cronológica de pagamento em 1997⁴², fixou a dosimetria da pena e reconheceu a prescrição retroativa em favor do acusado, decretando extinta a sua punibilidade.

Já o ex-deputado federal José Fuscaldi Cesílio, conhecido como Tatico, foi condenado em 27/09/2010 na AP nº 516⁴³ por apropriação indébita e sonegação de impostos entre janeiro de 1995 e agosto de 2002, que totalizaram R\$ 878 mil. Segundo ação movida pelo Ministério Público Federal (MPF) o deputado não repassou ao Governo Federal as contribuições previdenciárias de empregados das empresas que o parlamentar mantinha em Goiás. O acórdão condenatório foi

⁴¹ AP 409, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2010, DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-01 PP-00011.

⁴² AP 503, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2010, DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013 EMENT VOL-02673-01 PP-00001

⁴³ AP 516, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2010, DJe-235 DIVULG 03-12-2010 PUBLIC 06-12-2010 REPUBLICAÇÃO: DJe-180 DIVULG 19-09-2011 PUBLIC 20-09-2011 EMENT VOL-02590-01 PP-00001)

publicado em 3 de dezembro de 2010, fixando a pena privativa de liberdade em 7 (sete) anos de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, em regime inicial semi-aberto.

O deputado Tatico poderia ser o primeiro congressista a cumprir pena privativa de liberdade no Brasil. Contudo, não foi o que ocorreu.

Em 1º de outubro de 2010, a defesa entrou com pedido de extinção da pena, que seria cumprida em regime semiaberto, alegando que o réu havia completado 70 anos. No dia 6 de novembro de 2010 o Tribunal indeferiu o pleito dos advogados, os quais, em seguida, no dia 10 de dezembro de 2010, pugnaram pela sustentação oral em sede de embargos declaratórios apresentados em face do acórdão.

O processo ficou esperando posicionamento do relator da ação, o ministro Ayres Britto. Foi pautado para julgamento dos embargos declaratórios no dia 1º de dezembro de 2011. Na sessão, a pretensão de sustentação oral foi indeferida. No tocante aos embargos, após o voto do Ministro relator, Ayres Brito, indeferindo-os, o Ministro Luiz Fux pediu vista do processo, tendo devolvido para julgamento apenas em 16 de abril de 2013, mais de um ano depois.

Nesse período, a defesa “reiterou pedidos feitos anteriormente” e levantou questão de ordem pugnando a nulidade do processo para ausência de intimação para a sessão de julgamento, tendo o pedido sido indeferido pelo relator Min. Ayres Brito no dia 8 de novembro de 2013, decisão pela qual os réus interpuseram agravo regimental.

Finalmente, o STF julgou o último recurso interposto por Tatico e entendeu pela extinção da punibilidade em razão do pagamento do crédito tributário, comprovado após o julgamento condenatório.

Segundo a Corte Suprema:

3.1 A extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário encontra respaldo na regra prevista no artigo 69 da Lei nº 11.941/2009, que não disciplina qualquer limite ou restrição em desfavor do agente, merecendo, no ponto, recordar a locução do Ministro Sepúlveda Pertence no Habeas Corpus nº 81.929/RJ, julgado em 16 de dezembro de 2003: “a nova lei tornou escancaradamente clara que a repressão penal nos crimes contra a ordem tributária é apenas uma forma reforçada de execução fiscal”. 3.2 O artigo 61, caput, do Código de Processo Penal, dispõe que “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício”, razão pela qual no julgamento do Habeas Corpus nº 85.661/DF, relator Ministro Marco Aurélio, DJ de 19.12.2007, embora se referindo a suspensão de processos criminais em virtude de parcelamento, que a legislação do Refis (Lei nº 10.684/2003) assentou-se que “aplica-se aos processos criminais pendentes, ou seja, ainda que não se tenha decisão condenatória, desde que não coberta pela preclusão na via recursal”. 4. Pedido de extinção da punibilidade em virtude do pagamento do débito

tributário acolhido.(AP 516 ED, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/12/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014)

Ou seja, durante todo o tempo em que o deputado Tatico respondeu o processo criminal, o STF exerceu tão somente a função de “cobrador” do Estado, tendo em conta que uma vez pago o crédito tributário, mesmo depois do encerramento do julgamento, entendeu-se pela extinção de punibilidade.

Enfim, o processo criminal do ex-deputado federal Natan Donadon do PMDB/RO teve destino diferente de seus colegas e entrou para a história do Supremo Tribunal Federal como primeiro parlamentar condenado a cumprir pena privativa de liberdade, após mais de 120 anos de existência da Corte Suprema.

O ex-parlamentar Natan Donadon foi denunciado na AP nº 396/2005 por desvios de recursos públicos no ano de 1998, quando exercia ainda o cargo de deputado estadual do Estado de Rondônia. Após ter renunciado ao mandato para tentar escapar da competência do STF, foi sentenciado pela Corte Suprema em 28 de outubro de 2010⁴⁴ por formação de quadrilha e peculato a mais de treze anos de prisão.

Depois da interposição de diversos recursos, em 18 de março de 2013⁴⁵, o STF publicou a decisão dos embargos declaratórios⁴⁶ apresentados em face do acórdão condenatório. Em 25 de março de 2013, a defesa ingressou com novos embargos declaratórios. Após todos os trâmites, finalmente, em 26 de junho de 2013⁴⁷ (data histórica) o Supremo Tribunal Federal, 16 anos após os

⁴⁴ EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE. (...) (AP 396, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 28/10/2010, DJe-078 DIVULG 27-04-2011 PUBLIC 28-04-2011 EMENT VOL-02510-01 PP-00001)

⁴⁵ Notícias disponível no site http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2013/03/18/interna_politica.355398/stf-publica-acordao-sobre-prisao-de-deputado-federal-natan-donadon.shtml acessado em 22 de abril de 2013.

⁴⁶ AP 396 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-051 DIVULG 15-03-2013 PUBLIC 18-03-2013

⁴⁷ EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL. EMBARGOS PROTELATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA CAUSA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. Ausência de obscuridade, omissão, ambiguidade ou contradição a ser sanada pelos segundos embargos declaratórios. 2. É firme a jurisprudência no sentido de serem incabíveis os embargos de declaração quando a parte, a pretexto de esclarecer inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, utiliza-os para buscar infringir o julgado e, assim, promover indevido reexame da causa. Precedentes. 3. Questão referente ao exercício da

fatos imputados, e oito anos após a apresentação da denúncia, julgou pelo não provimento do recurso, considerando-o protelatório e expediu o mandado de prisão em face de ex-deputado federal que, atualmente, cumpre pena no Presídio da Papuda em Brasília.

Por fim, é emblemático lembrar o deslinde da Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”. O caso delatado durante a CPI dos Correios foi objeto de denúncia pelo então Procurador Geral da República, Antônio Fernando de Souza, em março de 2006. Na oportunidade foram denunciadas quarenta pessoas sob a acusação de crimes financeiros, crimes contra a administração pública e lavagem de dinheiro. O escândalo envolvia corrupção política mediante a compra de votos de parlamentares da base aliada para apoio político na aprovação de projetos de lei de interesse do Governo Federal da época.

A inicial acusatória foi recebida em 2007.

Finalmente, depois de julgar dezenas de questões de ordens, agravos regimentais, embargos de declaração dos embargos de declaração (na consulta pública no site do STF constam 78 acórdãos do Plenário do STF referentes ao Mensalão), o Tribunal finalizou o julgamento em dezembro de 2012, entendendo pela condenação de 25 condenados, incluindo integrantes da alta cúpula do Governo Federal na época, como José Dirceu, ex-ministro da Casa Civil, João Paulo Cunha, ex-presidente da Câmara dos Deputados, além de pessoas ligadas ao comando do Partido dos Trabalhadores, como José Genoíno, ex-presidente do partido, e Delúbio Soares, ex-tesoureiro do PT.

Contudo, após a alteração do quadro de composição da Corte Suprema, os ministros, contando com o voto favorável dos dois recém-empossados Teori Zavaski e Luis Barroso, entenderam que os réus que tinham recebido quatro votos pela absolvição tinham direito a um novo julgamento sob o fundamento da existência do recurso de embargos infringentes na Corte Suprema, segundo previsão no Regimento Interno.

Os mesmos ministros recém-empossados, que votaram a favor do novo julgamento por meio dos embargos infringentes, também contrariam seus antecessores no mérito do recurso, entendendo pela absolvição de José Dirceu, Delúbio Soares, José Genoíno, João Paulo Cunha e outros acusados do crime de quadrilha.

persecução penal pelo Ministério Público foi expressamente tratada tanto na ação penal quanto nos embargos de declaração na ação penal. 4. Matéria relativa ao mandato parlamentar do Embargante prejudicada pela apreciação prévia da questão de ordem e preclusa por não ter sido suscitada nos primeiros embargos de declaração. 5. Embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória, independentemente da publicação do acórdão. 6. Segundos embargos de declaração não conhecidos e afirmada a sua natureza protelatória. 7. Reconhecimento do trânsito em julgado e determinação de execução imediata da condenação, independente da publicação do acórdão. (AP 396 ED-ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 27-09-2013 PUBLIC 30-09-2013)

Dentre os fundamentos utilizados para absolvição pelo crime de quadrilha, no voto da Min. Rosa Weber ficou assente que: “Os chamados núcleos político, financeiro e operacional jamais imaginaram formar uma associação para delinquir. Havia um objetivo, a cooptação de apoio político, os demais fatos sempre tiveram a finalidade de alcançar essa finalidade”.

De forma pouco coerente, a Corte Suprema entendeu que realmente houve a compra de votos de parlamentares da base aliada com a participação de várias pessoas durante relevante período de tempo. Entretanto, decidiu que não havia provas que tais agentes se organizaram de modo estável em quadrilha.

Com tal decisão, José Dirceu, Delúbio Soares e João Paulo Cunha tiveram suas penas reduzidas para menos de oito anos, livrando-se do regime inicial fechado para o cumprimento da sanção.

Tal decisão não pode ficar isenta de críticas.

A aceitação de embargos infringentes para o mesmo órgão julgador, permitindo a desconsideração do julgamento anterior pelo simples fato de existirem quatro votos pela absolvição, desafia qualquer lógica de razoabilidade do nosso ordenamento jurídico. Torna uma decisão nula, mesmo sem ter nenhuma nulidade. Nesse caso, os votos dos ministros que deixaram de integrar a Corte ficaram sem ter qualquer valor jurídico.

Além disso, a decisão vai de encontro ao princípio do juiz natural, pois possibilita que ministros que foram escolhidos posteriormente ao julgamento originário possam atuar e sobrepor a sua vontade à decisão dos colegas que tinham jurisdição para o julgamento no momento da primeira decisão de mérito. Assim, após conduzir uma instrução com 38 réus e 600 testemunhas arroladas em diversos estados e países, o Ministro relator Joaquim Barbosa viu ser descartada a decisão colegiada tomada após meses de um complexo julgamento.

Em que pese o infeliz julgamento dos embargos infringentes, não há como negar que o Mensalão representa um grande avanço na efetividade da Justiça Criminal em crimes de colarinho branco envolvendo parlamentares. Pela primeira vez, chegou-se ao fim de um grande processo criminal de envolvendo políticos que praticaram crimes do colarinho branco com uma decisão condenatória e com uma efetiva execução penal.

Mais do que isso, para alguns, a perspectiva de impunidade tende a ser alterada com as vinte e cinco condenações dos réus da AP nº 470.

Contudo, a seguir pelo exemplo das outras ações penais, não é de se duvidar que a interposição de inúmeros recursos protelatórios continue sobrecarregando a pauta dos tribunais o que, possivelmente, fará que inúmeros casos fiquem no ostracismo e no esquecimento. Atualmente, resta o desafio de encerramento dos processos da atual Operação Lavajato, tendo em conta que, no

Brasil, jamais um grande caso de corrupção que tramitou em primeira instância chegou ao trânsito em julgado com sentenças penais condenatórias transitado em julgado.

2.2. ABUSO NO USO DOS RECURSOS/ ASSOBERBAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES/ NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA EXECUÇÃO PENAL

O abuso no direito de recorrer provoca o assoberbamento dos Tribunais Superiores e prote-la, quando não impossibilita o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, sendo certo que o entendimento jurisprudencial de que é inconstitucional a execução provisória da sentença penal torna extremamente difícil a execução penal nos crimes do colarinho branco.

Assim, esses temas se conectam umbilicalmente como dificuldades operacionais práticas de obter efetividade nas condenações dos crimes do colarinho branco. Vejamos.

De início, é importante mencionar que a utilização abusiva de recursos no processo penal é um problema crônico e recorrente. Nesse contexto, algumas brechas do sistema recursal são reiteradamente utilizadas para dificultar o andamento do processo. Nessa linha, pode-se citar: 1) a utilização de embargos declaratórios pela defesa para atacar qualquer decisão; 2) o abuso no uso do agravo regimental que permite que qualquer pretensão, mesmo infundada, seja submetida ao colegiado; 3) a existência dos embargos infringentes na Corte Máxima, o que proporciona verdadeiro reexame de matéria de mérito já decidida, assumindo inequívoco caráter de revisão criminal antes do trânsito em julgado.

De forma ainda mais didática, expondo os recursos cabíveis no processo penal brasileiro, explica Luiz Carlos dos Santos Gonçalves⁴⁸ (2015):

Embargos de declaração da sentença. Embargos de Declaração do julgamento dos Embargos de Declaração. Recurso em Sentido Estrito ou Apelação. Embargos Infringentes (se a decisão dos desembargadores não for unânime). Embargos de Declaração do acórdão que julgou os Embargos Infringentes. Embargos de Declaração do acórdão que julgou os Embargos de Declaração do Acórdão (não há limites para esta interposição). Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Agravo da decisão que não admitir o recurso especial. Agravo da decisão que não admitir o recurso extraordinário. Agravo Regimental da decisão que, já no tribunal superior, não deu provimento aos agravos. Se for admitido o recurso especial, ainda caberá o extraordinário em face do julgamento do tribunal superior. Se esse recurso extraordinário não for admitido, agravo. Se o agravo não for provido, agravo regimental.

⁴⁸ DOS SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos. **O indevido processo legal dos processos que nunca terminam**. Publicado no site <http://justificando.com/2015/04/10/o-indevido-processo-legal-dos-processos-que-nunca-terminam/> acessado em 7/05/2015.

A excessiva quantidade de recursos provoca o congestionamento dos Tribunais Superiores, os quais possuem um número reduzido de membros e são poucos vocacionados com as causas criminais. No STF, constata-se a necessidade julgar inúmeros recursos inviabiliza a tarefa precípua de guarda da Constituição. De acordo, com Oscar Vilhena (2014, p. 3) para que o STF possa se concentrar em casos efetivamente importantes, tendo tempo para lapidar uma jurisprudência que sirva como guia às demais instâncias, “é essencial restringir suas atribuições.” O mesmo autor lembra que, em sentido diametralmente oposto ao Supremo Tribunal Federal brasileiro que em 2013 julgou 61 mil processos, a Corte Suprema Americana julga em média 80 processos por ano.

Com a utilização de infindáveis de recursos o trânsito em julgado das causas penais envolvendo crimes do colarinho branco se torna moroso e difícil. Não bastassem os hábeis advogados utilizando de infinitos recursos, deve-se lembrar de que a matéria fática quase sempre é complexa e demanda a análise de incontáveis provas e documentos.

Em 2009, desconsiderando todos esses fatos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela impossibilidade de execução provisória da sentença penal condenatória. O paradigma foi a decisão plenária exarada nos autos do habeas corpus nº 84078/MG, de relatoria do Ministro Eros Grau, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Acompanhe:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte asser-

tiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual" (STF, Tribunal Pleno, HC 84078/MG, Rel. Min. Eros Grau, j. em 05.02.2009, DJe-035 de 25.02.2010.)

Esse posicionamento jurisprudencial, associado ao assoberbamento dos tribunais e ao abuso no direito de recorrer, facilitado pela complexidade da organização judiciária brasileira, a qual prevê até quatro instâncias de análise do mérito, possibilita o prolongamento do conflito de forma indefinida, sendo fator determinante de impunidade dos crimes do colarinho branco.

Trata-se do "indevido processo legal dos processos que nunca terminam"⁴⁹!

⁴⁹ Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. O indevido processo legal dos processos que nunca terminam. Site Justificando. Abril de 2015. Publicado no site <http://justificando.com/2015/04/10/o-indevido-processo-legal-dos-processos-que-nunca-terminam/> acessado em 7/05/2015.

Como enfatizado em recente artigo “O problema é o processo” de Sérgio Fernando Moro e Antônio Cesar Bochenek, publicado na edição de 29 de março de 2015 do Jornal “O Estado de São Paulo”:

O problema da legislação atual é o de supor como geral o erro judiciário e, como consequência, retirar toda eficácia da sentença judicial, transformando-a em mera opinião, sem força nem vigor. No Brasil, chegou-se ao extremo de também retirar-se a eficácia imediata do acórdão condenatório dos Tribunais, exigindo-se um trânsito em julgado que, pela generosidade de recursos, constitui muitas vezes uma miragem distante. Na prática, isso estimula recursos, quando não se tem razão, eterniza o processo e gera impunidade.

Em que pese reconhecer a importância do direito à ampla defesa e o argumento do princípio da não culpa como legitimador da execução penal somente após o esgotamento de todos os inúmeros recursos, esses princípios, atualmente, tem que ser compatibilizados com a necessidade da adequada prestação jurisdicional, com o princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva de vedação da proteção insuficiente⁵⁰ do bem jurídico, com o princípio da moralidade e com o direito fundamental à segurança pública.

Sobre o tema, Vladimir Passos de Freitas (2014) lembra que:

O direito à ampla defesa é mandamento constitucional e isto ninguém discute. Porém, a existência de quatro instâncias para que um conflito civil ou penal chegue ao final coloca o sistema Judiciário em total descrença. Ações ou execuções não terminam em menos de 12 ou 15 anos. Tal fato foi exposto com dados e fontes em artigo denominado “Caso do RS mostra que Sistema Criminal do País tem que ser repensado” (Conjur, 17.8.2014). No mesmo sentido, entrevista com o juiz João Ricardo Costa, presidente da Associação de Magistrados Brasileiros (Conjur, 24.8.2014). Apesar disto, trabalhos acadêmicos continuam a discutir Acesso à Justiça e temas correlatos, não se tendo conhecimento de nenhum que analise os efeitos da Constituição de 1988 no prazo de duração de um processo. Registre-se que se trata de matéria típica de Direito Constitucional, até porque a CF assegura o fim do processo em prazo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII);

⁵⁰ Sobre o princípio da vedação da proteção deficiente, pondera Lênio Streck (2005,p.80): “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.” Também, sobre o princípio da proteção deficiente, o voto do Ministro Gilmar Mendes no MS nº 418.376-MS.

Conforme expressa Douglas Fischer e Eugenio Pacelli (2013, p. 1355): “o Estado-Judiciário também deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (todos, individuais e sociais!), deve levar em consideração a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança, evitando-se a impunidade.”

Dessa forma, na atual conjectura, alguns entendimentos merecem revisão.

A primeira reflexão que se propõe se relaciona ao momento em que o processo transita em julgado. Não é razoável que, ao chegar aos tribunais, a ação penal tenha que esperar o julgamento colegiado de embargos declaratórios que tem por única função aclarar pontos específicos nos acórdãos condenatórios ou de agravos regimentais interpostos em face de decisões monocráticas proferidas após a condenação. O mais adequado seria que o trânsito em julgado ocorresse com o acórdão condenatório⁵¹, seja nos tribunais inferiores para causas que tramitam na primeira instância, seja nos tribunais superiores para os feitos de réus com foro por prerrogativa de função.

O problema de excessiva morosidade para o trânsito em julgado existe tanto para as ações penais originárias quanto para os processos que chegam aos tribunais em sede de recurso ordinário.

No caso das ações penais que tramitam em primeira instância, é inoportuno aguardar todo o trâmite burocrático de recursos especiais e extraordinários para se executar a pena, principalmente quando manejados tão somente para obstar o trânsito em julgado e a execução da pena. Pacelli e Fischer (2013, p. 1347) apresentam estatísticas demonstrando que menos de 5% dos recursos especiais e extraordinários em matéria penal são providos. Aliás, diga-se de passagem, quando um processo chega ao STJ e ao STF em sede de recurso especial e extraordinário, pode-se dizer que já houve coisa julgada em relação aos fatos, que não poderão ser reexaminados nas instâncias extraordinárias. Em tese, a única coisa passível de revisão será a interpretação do direito federal e constitucional.

Nesse sentido (Pacelli e Fischer, 2013, p.1347-1348):

A finalidade dos recursos especial e extraordinário não é a discussão acerca da culpa (inocência) do agente criminoso eventualmente condenado em instância inferior. Também não são e não podem ser referentes à discussão acerca da prova que foi utilizada e valorada para condenação (não confundir o reexame de provas, o que é vedado, com reavaliação da prova, perfeitamente admissível), salvo, à evidência, se se tratar de prova ilícita.

Para o caso de eventual teratologia no acórdão condenatório, seria possível o pedido liminar de *habeas corpus* em face mandado de prisão da decisão definitiva para o tribunal imediatamente superior, sem que o trânsito em julgado do feito fosse obstado. Assim, caso houvesse uma

⁵¹ Essa era proposta originária da PEC Peluso, como a seguir será melhor explicado.

ilegalidade no acórdão do tribunal inferior, a cognição do *habeas corpus* seria suficiente para afastar a possibilidade de prisão mediante a concessão de liminar pelo relator.

Nessa linha, ensinam Pacelli e Fischer (2013, p. 1350):

Insiste-se, reportando-se ao precedente anterior do STF: por remotas que existam eventuais ilegalidades (ou até muitas, o que se diz apenas para fins de argumentação) praticadas pelos tribunais e juízos inferiores, são elas remediadas-prontas e eficazmente (até mais que via recursal própria)- por intermédio do *habeas corpus* (previsto constitucionalmente), que pode- é cediço- ser concedido inclusive ex officio pelos tribunais e em sede liminar (procedimento também decorrente de criação jurisprudencial) e de forma substitutiva aos próprios recursos, mesmo que na pendência de seus exames.

Não se trata de execução provisória da pena, mas sim definitiva, na medida em que o processo seria abreviado.

No STJ, merece destaque a seguinte decisão, seguida do voto do relator para o acórdão, Felix Fischer:

PENAL. HABEAS CORPUS. ARTS. 180, §§ 1º E 2º E 311, CAPUT, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSOS EXCEPCIONAIS. EFEITO DEVOLUTIVO. I - Contra a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação. (Precedentes do c.Pretório Excelso e do STJ/Súmula nº 267-STJ). II - "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção da inocência." (HC 90.645/PE, Primeira Turma, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJ de 14/11/2007). Habeas corpus denegado. (HC 90.846/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Rel. p/ Acórdão Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 23/06/2008)

No voto condutor ficou assente:

Tratando-se, no acesso à denominada instância incomum, de recursos em que se discute tão só tese ou matéria jurídica (error in procedendo ou ainda error iuris in iudicando) e não matéria fática (error facti in iudicando), em situação bem mais limitada - de regra - do que a própria revisão criminal, a mera burocrática e, às vezes, manifestamente procrastinatória, interposição de recursos - destaque, sem qualquer fundamento ou perspectiva de êxito - não pode obstar a execução de um julgado de segundo grau. É de difícil aceitação que um recurso dotado de requisitos específicos possa, pelo sim-

ples e tecnicamente desprezioso uso, acarretar desdobramentos a favor do réu. Vale dizer, interpondo o recurso sem tese, sem dissídio, o réu poderia, como inexplicável homenagem ao princípio da presunção de inocência, ter o direito a aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. A questão até seria: assinar, ou não, com a denominação de recurso especial, uma petição inclusive, ex hypothesis, destituída de qualquer sentido! A pretensão recursal, aí, poderia - por longo tempo - ser sustentada via agravos, embargos, etc, com um único objetivo de retardar sem qualquer justificativa jurídica a execução da condenação. Só o réu, surpreendentemente cordato, é que iria - por não ter assinado a petição-recurso - cumprir a pena após o exaurimento da instância comum. Por outro lado, na hipótese de um recurso especial mostrar na sua interposição evidente viabilidade (e não mera admissibilidade) o efeito suspensivo deve ser concedido até por liminar em sede de writ (a relação viabilidade/admissibilidade estaria no paralelo da relação probabilidade/possibilidade, lembrando, na lição de Karl Popper, que a probabilidade é um vetor no espaço de possibilidades). (...)O princípio da presunção de inocência não pode ser o supedâneo de uma infundada proteção (uso burocrático, repito, e muitas vezes meramente procrastinatório, dos meios recursais) em relação ao poder punitivo do Estado. Em suma, não se vislumbrando, nos recursos excepcionais, tese plausível de aceitação, perde a razão de ser a suspensão da execução de condenação imposta em segundo grau.

Por isso, é louvável a decisão do Supremo Tribunal Federal em outubro de 2012 no HC nº 111.226 decidindo que a interposição de inúmeros recursos protelatórios não pode obstar a execução da pena ante o exaurimento da prestação jurisdicional.

Segue a ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MEDIDA CABÍVEL EM CASO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. O direito de recorrer não pode dar ensejo ao abuso do direito, máxime em via impugnativa substitutiva de habeas corpus. 2. É cediço na Corte que a recalitrância em aceitar o trânsito em julgado, impedindo a entrega definitiva da prestação jurisdicional mediante a sucessiva interposição de recursos contrários à jurisprudência, consubstancia adoção de expediente meramente protelatório e desvirtuamento do postulado constitucional da ampla defesa, caracterizando a prática abusiva do exercício do direito de defesa. Precedentes: AI nº 587.285-AGR-ED-ED-ED-ED, relator Ministro Celso de Mello, DJ 07.06.2011; AI nº 721.750 – AGR-ED-ED, relator Ministro Ayres Britto, 2ª Turma, DJ de 16.11.2011; AI 541.408-AGR-ED-ED-ED, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ de 14.11.2011; AO 1.046-ED, relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 22.02.2008. 3. In casu, a paciente foi condenada em primeira instância, sendo desprovido o recurso de apelação interposto. O recurso especial não foi admitido, por intempestividade. A seguir, o agravo de instrumento foi desprovido, tendo a mesma sorte o agravo regimental. Desprovidos os embargos de declaração, foi pro-

tolado recurso extraordinário, cujo seguimento foi negado, por ausência de repercussão geral. Houve interposição de agravo regimental, ao qual a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça negou provimento. Interpostos novos embargos de declaração, estes foram rejeitados. A defesa protocolou novo recurso extraordinário, também liminarmente indeferido, determinando-se a baixa imediata do processo. Novo agravo regimental formalizado pela defesa, sendo, então, reconhecido o abuso do direito de recorrer e o esgotamento da prestação jurisdicional. 4. Evidenciado o abuso do exercício do direito de defesa, indefiro o pedido de habeas corpus. Declaro, em decorrência, o prejuízo do agravo regimental interposto contra o ato mediante o qual indeferi o pleito cautelar. (grifo nosso) (HC 111226, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2012 PUBLIC 03-10-2012)

De forma mais recente, no dia 4/02/2015, ao negar seguimento ao HC nº 126380 e determinar a baixo dos autos para imediato cumprimento de pena de um empresário acusado de sonegar mais de R\$ 1bilhão em tributos, o Min. Luiz Fux do STF assentou: “A interposição de sucessivos recursos inadmissíveis com a intenção de procrastinar o trânsito em julgado de sentença penal condenatória implica abuso no direito de recorrer”.

Dessa forma, tendo em conta que o mérito fático não está mais em discussão, associado ao baixíssimo número de provimento de recursos nos tribunais superiores, pode-se concluir que a maior parte das insurgências que sobem a esses tribunais superiores são meramente protelatórias e tem por único fim impossibilitar o efeito prático da condenação: a execução penal.

No que se refere ao asoerramento das cortes superiores, o recente estudo “Supremo em números” divulgado pela FGV/RJ evidencia um quadro caótico de ineficiência, morosidade e esgotamento da Corte Suprema no país.

No estudo concluiu-se que o tempo médio para que uma decisão em sede de liminar seja proferida é de 44 dias⁵², salvo em relação aos habeas corpus que recebem provimentos liminares no tempo médio de 27 dias. No que se refere a Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), o prazo médio para concessão de liminares é de 158 dias. Entretanto, esses provimentos liminares se prolongam no tempo. Em que pese a média para a duração de uma liminar seja de um ano e 9 meses, no caso de ADIs esse prazo chega a seis anos, havendo um caso de liminar em ADI que vigora desde 1991.

⁵² “Supremo em Números” FGV/RJ, Rio de Janeiro:2014. Disponível no site http://ec2-54-94-169-90.sa-east-1.compute.amazonaws.com/iii-relatorio/Relatorio%20Supremo%20III_FIM.pdf acessado em 6/10/2014. Os espaços de tempo para que cada magistrado profira a liminar variam, conforme mostram os dados de dois ministros com tempo parecido no tribunal: Teori Zavascki demora, em média, 15 dias, enquanto Luiz Fux leva 72 dias para decidir.

Quanto à publicação dos acórdãos, tem-se outro quadro de extrema morosidade. O que era para ser medida meramente administrativa acaba se tornando outro calvário, mormente nos casos de acórdãos do Min. Celso de Melo que, em média, demora 679 dias para publicação de seus acórdãos, existindo casos que aguardaram mais de 10 anos para serem publicados – do início da década de 1990 até meados da década de 2000.

O simples pedidos de vista também protelam os processos. Os dados demonstram que, em média, demora-se 346 dias para devolução após o pedido de vistas dos ministros.

A pesquisa da FGV demonstra ainda que as medidas adotadas até o presente momento para desafogar o STF tiveram efeito inverso. Dados comparativos entre os anos de 1995 e 2010 constatarem que o tempo de tramitação dos processos passou a ser maior após a implementação do mecanismo de repercussão geral, embora o número de processos no tribunal tenha sido reduzido.

Desse modo, tem-se que a atual sistemática recursal do processo penal merece urgente revisão. Embora se reconheça a importância do princípio da não culpa como garantia individual do cidadão, deve-se ponderar a existência de outros princípios constitucionais igualmente necessários para o Estado Democrático de Direito, como a duração razoável do processo, da proporcionalidade e o direito à segurança pública como postulados igualmente tutelados. Em casos de desproporcional morosidade processual, é necessária a ponderação de valores para proporcionar o mínimo de efetividade processual, mormente quando há um nítido abuso do direito de recorrer por parte da defesa.

2.3. PRESCRIÇÃO

No Brasil, o atual modelo de prescrição acaba sendo um dos principais fatores de impunidade nos crimes do colarinho branco.

Nesses termos, Fabio Guaragni (2008, p. 17) explica que:

As razões pelas quais se apresenta a prescrição penal como verdadeiro fator de impunidade, apartando-se de sua original missão de atuar em níveis razoáveis- em termo de política criminal- como causa extintiva de punibilidade, encontram-se tanto na própria sistemática em que está vazado, no Código Penal brasileiro, o instituto, quanto no excessivo liberalismo que caracteriza a jurisprudência nacional em temas de direito penal.

O relatório do CNJ do ano de 2013⁵³ coordenado pelo conselheiro Gilberto Valente Martin evidencia o baixo índice de condenação em crimes contra administração pública e a alta quantidade de prescrição desses delitos. O estudo demonstra que entre 2010 e 2011 a Justiça brasileira deixou prescrever 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e atos de impro-

⁵³ Jornal Gazeta do Povo de 16/04/2013 disponível no site <http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/conteudo.phtml?id=1363603> acessado em 14/01/2014.

bilidade administrativa. Até o final de 2012, tramitavam 25.799 processos de corrupção, lavagem de dinheiro ou atos de improbidade em todo o Poder Judiciário. Analisando os dados, constata-se que os processos prescritos somente em 2010 e 2011 representam mais de 10% de todas as ações em tramitação atualmente envolvendo pessoas denunciadas por estas ilegalidades.

Uma das razões dessa pesquisa era responder aos questionamento do Grupo de Ação Financeira Internacional (Gafi), que avaliou negativamente as medidas do Brasil para o combate desses crimes, mormente em decorrência da falta de estatísticas processuais. As estatísticas devem servir para subsidiar o país no processo de avaliação da implantação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Uncac) e para cumprir Estratégia Nacional contra a Corrupção e a Lavagem de Dinheiro (Enccla), coordenada pelo CNJ.

A partir do estudo da prescrição no Brasil, dentre as principais críticas, em síntese, destacam-se: 1) o exíguo prazo prescricional dos crimes do colarinho branco; 2) a falta de marcos interruptivos da prescrição; 3) a existência de prescrição pela pena em concreto (prescrição retroativa); 4) a interpretação *contra legem* conferida pelos tribunais brasileiros do art. 117, IV, do Código Penal⁵⁴, que expressa que a prescrição é interrompida pela publicação do acórdão condenatório recorível; 5) a existência de interpretação não razoável para o art. 112, I do Código Penal, que trata no início do prazo da prescrição da pretensão executória.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que os atuais prazos prescricionais previstos para crimes com sanções até quatro anos são totalmente insuficientes para as ações penais envolvendo crimes do colarinho branco. Como será demonstrado nos casos analisados a seguir neste tópico, a maior parte dos processos de colarinho branco se arrastam por mais de dez anos depois da sentença condenatória. Em outras palavras, os processos com sanções máximas de até quatro anos de reclusão tendem a prescrever antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse ponto, deve-se atentar que a maioria dos crimes contra a administração pública possuem pena mínima baixa de 2 (dois) anos de reclusão. O mesmo vale para os crimes contra o sistema financeiro nacional. Nesse contexto, considerando que o réu receba a pena mínima, o processo prescreve em quatro anos⁵⁵, sendo certo que se houver apelação da defesa e posteriormente interposição de recurso especial é possível afirmar que o feito certamente prescreverá.

A segunda crítica em relação à prescrição no atual sistema, refere-se a interpretação que os tribunais vem conferindo à redação do art. 112, I, do Código Penal que, ao tratar da prescrição da pretensão executória, expressa: “no caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr: I -

⁵⁴ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recoríveis; (Redação dada pela Lei nº 11.596, de 2007).

⁵⁵ Art. 109, V, do Código Penal.

do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional.”

Há acirrada controvérsia jurisprudencial e doutrinária sobre a correta interpretação do termo “trânsito em julgado para a acusação”, havendo duas posições conflitantes.

A primeira posição defende que o trânsito em julgado para acusação não pode ser confundida com a mera preclusão no direito de apelar, consistindo na impossibilidade de oferecer recursos ordinário ou extraordinário.

Sobre o tema, Paulo Queiroz afirma⁵⁶:

que a prescrição da pretensão executória há de pressupor, efetivamente, o trânsito em julgado da sentença para a acusação em todas as instâncias, motivo pelo qual somente a partir do momento em que a condenação se constituir como título executivo e autorizar a execução da respectiva pena é que se poderá cogitar de prescrição.

Na jurisprudência, até pouco tempo havia precedentes do STF que defendiam a posição de Paulo Queiroz:

(...) O que releva no caso é que, entre os marcos interruptivos da prescrição – data do crime, recebimento da denúncia, sentença condenatória recorrível –, não decorreu o prazo de prescrição da pretensão punitiva. E, na hipótese dos autos, o acórdão que confirmou a condenação foi proferido antes do prazo de dois anos contados da data da publicação da sentença condenatória, último marco interruptivo da prescrição. O aresto confirmatório da condenação, é certo, não é marco interruptivo de prescrição. Mas, se ele surge antes de fluído o prazo prescricional, que fora interrompido com o advento da sentença condenatória recorrível, não há mais cogitar de prescrição da pretensão punitiva. O órgão de segundo grau de jurisdição atuou a tempo e modo. O estado não descuroou de sua função jurisdicional. Está encerrada, portanto, a fase da prescrição da pretensão punitiva. Outra fase – a da prescrição da pretensão executória – terá início. E a partir do trânsito em julgado. Recursos especiais e extraordinários eventualmente interpostos, quando muito, protrairão o início da contagem dessa nova modalidade de prescrição que tem a ver com a pretensão executória, mas não afetam, porque já exaurida, a prescrição da pretensão punitiva.

No caso, transitando em julgado em 04.11.04 a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto contra o indeferimento do recurso extraordinário, teve início a contagem do prazo da prescrição executória. Esse prazo ainda não se encerrou. E desse tipo de prescrição não cuidou a inicial.

2. Não custa lembrar, a propósito do tem em discussão, que o trânsito em julgado, da condenação é marco divisório de suas espécies de prescrição. Com o trânsito em julgado termina a fase da pretensão pu-

⁵⁶ QUEIROZ, Paulo, [Termo inicial da prescrição da pretensão executória](http://pauloqueiroz.net/termo-inicial-da-prescricao-da-pretensao-executoria/), artigo disponível in <http://pauloqueiroz.net/termo-inicial-da-prescricao-da-pretensao-executoria/> acessado no dia 22/09/2014.

nitiva. E tem início a fase da prescrição executória. (HC 86125, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/08/2005, DJ 02-09-2005 PP-00047 EMENT VOL-02203-2 PP-00345)

No mesmo sentido, o recente precedente do TRF 4:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRÂNSITO EM JULGADO. PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. 1. Há muito debatida na jurisprudência, ainda não está pacificada no Supremo Tribunal Federal a questão relativa ao termo inicial da prescrição da pretensão executória, existindo atualmente duas correntes: a) fluência do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado para a acusação, mediante aplicação literal do disposto no art. 112, I, do CP (HC 113715, j. 16.4.13; HC 110133, j. 3.4.12; RE 771598, j. 14.11.13; RE 777401, j. 14.11.13; ARE 758903, j. 20.8.13); b) fluência somente a partir do trânsito em julgado para ambas as partes (ARE 682013, j. 11.12.2012; HC 116764, j. 26.2.13; ARE 714235, j. 12.3.13). 2. Não havendo a definição da matéria no âmbito do STF, mantém-se o entendimento que considera o trânsito em julgado definitivo da condenação, ou seja, para ambas as partes, a partir do qual se torna possível a execução da pena, como marco inicial da prescrição da pretensão executória, na linha da compreensão firmada pela 4ª Seção deste Tribunal (EINF 5012073-90.2012.404.7002, D.E. de 28.6.13). (HC 50253916320134040000, JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, TRF4 - SÉTIMA TURMA, D.E. 10/12/2013.)

Entretanto, na atualidade, nos tribunais superiores a interpretação prevalente desse dispositivo legal é de que, caso a acusação não apele, a prescrição da pretensão executória começa a correr com a preclusão do direito de apelar. Ou seja, com o trânsito em julgado para o Ministério Público em primeiro grau de jurisdição. Em outros termos, caso o promotor de justiça oficiante entenda suficiente a pena fixada na sentença monocrática e não recorra, recorrendo apenas a defesa, a prescrição da pretensão executória começa a correr desde então.

Nesses termos:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ARTIGOS 110 E 112 DO CÓDIGO PENAL. MARCO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA ACUSAÇÃO. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL. 1. A prescrição regula-se pela pena aplicada depois de proferida a sentença condenatória, sendo que, cuidando-se de execução da pena, o lapso prescricional flui do dia em que transitado em julgado para a acusação, conforme previsto no artigo 112 combinado com o artigo 110 do Código Penal. Precedentes: HC 113.715, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 28/5/2013, HC 110.133, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/4/2012, ARE 758.903, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 24/9/2013. 2. In casu, o acórdão recorrido assentou:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. MARCO INICIAL DO PRAZO. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO.” 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (ARE 764385 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (RE 771598 AgR, Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE USO DE DOCUMENTO FALSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL DO CÔMPUTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PARA A ACUSAÇÃO.

1. De acordo com a literalidade do art. 112, I, do Código Penal, o termo inicial do cômputo do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado do édito condenatório para a acusação. Revisão de entendimento.

2. Tendo sido aplicada a pena definitiva de 2 anos de reclusão, a prescrição da pretensão executória ocorre, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal, em 4 anos, lapso já decorrido desde a data do trânsito em julgado para a acusação.

3. Precedentes do STJ e do STF.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1407892/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 17/09/2014)

Esse posicionamento praticamente inviabiliza execuções penais de crimes do colarinho branco no Brasil. Atualmente, essa interpretação não se mostra razoável, mormente a considerar pelo atual entendimento do STF que é impossível executar provisoriamente a sentença penal condenatória, tendo em conta que haveria decurso da prescrição pretensão executória sem existir possibilidade de execução da pena. Ou seja, paradoxalmente, há início da prescrição da pretensão executória sem que seja possível executar a pena.

Na realidade, a interpretação histórica desse dispositivo legal demonstra que ele foi instituído antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, época que a prisão era a regra com a sentença condenatória⁵⁷. Na doutrina, louvável a crítica de Fabio Guaragni (2008, p. 137): “o

⁵⁷ Nessa linha, Luiz Carlos dos Santos: “Na verdade, esse dispositivo penal, feito antes da Constituição de 1988, se harmonizava com a regra que permitia o cumprimento provisório da pena, antes mesmo do tal trânsito em julgado.

que importa, aqui, é a exequibilidade da sentença, inexistente até que esteja firmada para ambas as partes. Importa a possibilidade de exercer o *jus executionis*, vedada enquanto não opera o trânsito em julgado.”

De fato, o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o "trânsito em julgado para a acusação", mas isso não significa "preclusão do direito de apelar".

O tema teve repercussão geral reconhecida no ARE 848.107/DF, sendo que o parecer do MPF foi no sentido pelo provimento do recurso, a fim de definir o marco inicial da prescrição da pretensão executória com o trânsito em julgado para ambas as partes:

CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. ART. 112, I, DO CÓDIGO PENAL. TERMO INICIAL DO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA (PARIDADE DE ARMAS). PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO HC 84.078/MG.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus 84.078/MG, decidiu pela impossibilidade de execução de pena antes de exauridas todas as instâncias, inclusive a extraordinária, sem prejuízo da possibilidade de prisão cautelar.

2. Aplicação literal do art. 112, I, do Código Penal, em face da orientação jurisprudencial atual do STF, acarreta contradição com a essência do conceito de prescrição, que decorre de inércia do titular do direito, e severo golpe contra a eficácia do sistema de execução penal e contra o direito fundamental à segurança, pois o curso da prescrição da pretensão executória se iniciaria sem que o Estado, por meio do Ministério Público, possa executar a decisão condenatória. Atinge-se assim, também, de forma cruel, a expectativa legítima das vítimas de delito de os perpetradores destes recebam a punição prevista na lei.

3. A única interpretação atualmente consistente e compatível com a Constituição da República acerca do termo inicial da prescrição executória é a que a define como o trânsito em julgado da decisão condenatória para ambas as partes.

4. Parecer pelo provimento do recurso. (ARE 848.107/DF)

Outro sério problema enfrentado na prática do processo penal brasileiro refere-se à interpretação do art. 117, IV do Código Penal, o qual expressa: “o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença ou **acórdão condenatórios recorríveis.**”

Como esse cumprimento já não é possível, a prescrição só poderia começar a correr com o trânsito em julgado para todas as partes.” Artigo **O indevido processo legal dos processos que nunca terminam**. Publicado no site <http://justificando.com/2015/04/10/o-indevido-processo-legal-dos-processos-que-nunca-terminam/> acessado em 7/05/2015.

Em que pese a disposição legal seja clara, o entendimento jurisprudencial consolidado no STJ restringe a interrupção da prescrição ao acórdão condenatório que reforma sentença absolutória de primeiro grau de jurisdição.

Nesses termos:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NO TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO. PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ÚLTIMO MARÇO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO QUE CONFIRMA A CONDENAÇÃO NÃO INTERROMPE O CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...)III. **O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico, no sentido de que o acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não interrompe o curso do prazo prescricional.** Precedentes. IV. Na forma da jurisprudência do STJ, "O acórdão confirmatório da condenação, ainda que modifique a pena fixada, não é marco interruptivo da prescrição. (AgRg no REsp 710552/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 01/02/2010)" (STJ, AgRg no RE nos EDcl no AgRg no Ag 1276131/PA, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, DJe de 09/05/2012). V. Correta a decisão agravada, ao afirmar que o último marco interruptivo da prescrição foi a publicação da sentença condenatória - em 26/02/2007 -, tendo transcorrido o prazo prescricional de 04 (quatro) anos, desde então. VI. Agravo Regimental desprovido. (grifo nosso) (STJ - AgRg no REsp: 1152014 RS 2008/0171667-6, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 02/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2013)

A seguir por essa linha, caso o acórdão seja confirmatório da condenação proferida em primeiro grau de jurisdição, não haverá interrupção do prazo prescricional.

Atente-se que esse entendimento jurisprudencial é diametralmente oposto ao próprio texto legal do art. 117, IV, do Código Penal. Importante salientar que a interpretação jurídica dos tribunais encontra, dentre outros limites, o próprio sentido literal da norma.

Conforme lembra Lênio Streck (2011, p. 266):

O fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo- denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito-**não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendido, neste caso, como enunciado linguístico**”. A vontade e o conhecimento do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária. (grifo nosso).

Assim, é vedado ao intérprete simplesmente reescrever o art. 117, IV do Código do Penal, e, onde consta “o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença **ou acórdão condenatórios recorríveis**” seja lido “o curso da prescrição interrompe-se pela publicação da sentença **ou acórdão condenatórios recorríveis, desde que, neste último caso, não seja decisão que confirme sentença condenatória.**”

Inclusive, ao analisar a interpretação histórica deste dispositivo, vislumbra-se que a intenção do legislador era criar um marco interruptivo com o acórdão do tribunal, tendo em conta que anteriormente a legislação previamente tão somente que a “sentença condenatória” interrompia a prescrição.

Esse posicionamento jurisprudencial dominante induz a alguns efeitos práticos. Imagine uma condenação entre 1 e 2 anos de reclusão. Caso a defesa recorra, considerando a média vivenciada das regras de experiência, dificilmente o Tribunal Regional Federal julgará o recurso em menos de dois anos. Mesmo que julgue de forma célere a causa, a defesa poderá protelar o processo mediante a interposição de recursos de embargos declaratórios e infringentes, com a posterior apresentação de recursos especial e extraordinário. Nesse meio tempo, antes mesmo da admissibilidade dos recursos excepcionais nas instâncias superiores, o processo estará inevitavelmente fulminado pela prescrição.

Assim, é muito comum a existência de recursos protelatórios interpostos com único propósito de ocasionar a prescrição:

Não é incomum no dia a dia forense, que muitos recursos sejam impetrados com a finalidade de fazer com que a sentença condenatória de primeiro grau, por exemplo, não transite em julgado. A finalidade, em alguns casos, é a de, justamente buscar a prescrição superveniente, pois que muitos Tribunais demoram, excessivamente, em julgar os recursos interpostos, permitindo que ocorra a extinção da punibilidade (GRECO, Rogério, 2013, p. 726).

Fora isso, no processo penal brasileiro ainda existe a prescrição retroativa, a qual, de acordo com Dallagnol e Martello (2008) nada mais é do que⁵⁸: “o cancelamento do processo em razão da demora, um instituto peculiar ao Brasil e que só favorece criminosos efetivamente condenados”.

Aliás, com a prescrição retroativa, desaparecem todos os efeitos secundários que haveriam de uma eventual condenação, tanto penais quanto civis e administrativos para fins de ação de improbidade. É como se o crime jamais tivesse existido.

⁵⁸ DALLAGNOL, Deltan, MARTELLO, Orlando, “**Pronunciamento dos Procuradores da República responsáveis pelo Caso Sundown – um manifesto por uma melhor distribuição da Justiça Criminal**” disponível no site http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf acessado no dia 17 de abril de 2013.

Sobre o tema:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR PARA INVESTIGAR A ALEGADA PRÁTICA DE ABUSO DE AUTORIDADE. AGENTE DA POLÍCIA FEDERAL. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO CPB, POR EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO EM DESFAVOR DO EMBARGANTE, QUANDO DO AJUIZAMENTO DA ACP.

PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS.

1. Embora realmente houvesse sido aplicado o instituto da Transação Penal em 10/05/2005, conforme considerado pelo acórdão ora embargado, em 20/11/2007 foi instaurado Procedimento Investigatório Criminal, o que resultou no oferecimento de Denúncia pelo Parquet em 25/03/2008; em face desta, determinou-se a tramitação de Ação Penal 2008.71.10.001159-0, cuja sentença rejeitou a Denúncia, tendo sido, posteriormente, confirmada pelo TRF4 a dita rejeição.

2. Não paira qualquer dúvida que, quando do ajuizamento da ACP (fls. 03 e-STJ) por improbidade administrativa, em 14/05/2008, havia, sobre os mesmos fatos, Ação Penal em curso; assim, prevalece a jurisprudência assente nesta egrégia Corte Superior, segundo a qual não se aplicará na espécie o prazo previsto na Lei Administrativa para as faltas puníveis com demissão, mas sim os prazos prescritivos da lei penal, consoante a determinação do art.

142, § 2º, da Lei 8.112/90, o qual remete à lei penal o prazo prescricional quando o ato também constituir crime. Precedentes: AgRg no REsp 1386186/PE, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 02/05/2014; REsp 1234317/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 31/03/2011.

3. O prazo prescricional penal deve prevalecer em casos assim; considerando que no momento do ajuizamento da ACP havia em curso procedimento criminal sobre os mesmos fatos, torna-se como marco extintivo da punibilidade infracional administrativa o prazo prescricional criminal. 4. Considerando, pois, que a pena máxima, em abstrato, cominada para o crime de abuso de autoridade, estabelecida pela Lei 4.898/65, é de seis meses de detenção, indene de dúvidas que em 14/05/2008, quando houve o ajuizamento da ACP sobre os mesmos fatos ocorridos em 08/10/2004, já havia transcorrido o prazo prescricional criminal, que é de 3 anos, a teor do art. 109, VI do CP. 5. Embargos de Declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para reconhecer a prescrição da pretensão administrativa sancionatória em face de LEANDRO DA SILVA PINTO.

(EDcl no AgRg no REsp 1264612/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015)

O autor Fabio Guaragni, (2008, p. 126) após mencionar que a prescrição retroativa é um instituto brasileiro que não se encontra em nenhuma outra legislação do mundo, expressa:

Em síntese, a prescrição retroativa pode ser atacada pela via da inconstitucionalidade, por não respeitar os princípios de certeza e utilidade dos prazos que, sendo corolários do princípio do devido processo legal, ex vi do art. 5º, LIV, se aplicam aos prazos prescricionais. (...) Numa palavra: a prescrição retroativa, importando na negação da existência do processo e da sentença penal condenatória, nega a existência de seus próprios pressupostos. É um contra-senso admitir que a sentença valha para, em última análise, implicar na sua própria inexistência e a condenação, uma vez quantificada, sirva por critério para estabelecer que o no caso concreto não poderia haver condenação.

Em relação aos casos práticos, insta mencionar que, recentemente, o STJ decretou a prescrição de 10 dentre os quinze diretores do Banestado envolvidos no esquema bilionário de lavagem de dinheiro e evasão de divisas por meio das contas CC-5 na década de 90⁵⁹. Nesse caso, em que pese a sentença condenatória tenha sido proferida em 2004 e o acórdão confirmatório no TRF tenha sido lavrado em 2006, o processo simplesmente se arrastou no STJ por quase sete anos até finalmente ser fulminado pela inevitável prescrição. Trata-se de decisão inconstitucional, considerando que a morosidade se deu por culpa única e exclusiva do Judiciário e dos intermináveis recursos disponíveis.

Como outro exemplo, ainda relacionado ao Caso Banestado, cite-se o suposto pagamento de propina para a campanha do governador Jaime Lerner no ano de 1998 mediante empréstimo fraudulento de U\$ 1,5 milhão às empresas Tucuman e Redram pela agência do Banestado de Caymann. A sentença condenatória é de 2009. O acórdão que mantém parte das condenações é de junho de 2011. Passados mais de três anos desde o julgamento da apelação, o processo ainda se encontrava no Tribunal Federal da 4ª Região, que em julho de 2014 julgou os embargos infringentes apresentados pela defesa, após já ter julgado inúmeros embargos declaratórios anteriormente interpostos.

Nesse caso, alguns dos réus já tiveram a punibilidade extinta pela decretação da prescrição da pretensão punitiva pela pena em concreto. Os demais processos que ainda tramitam caminham a passos largos para a prescrição, sendo certo antever que os cofres públicos jamais serão ressarcidos integralmente dos valores milionários desviados do Banestado e dos elevados custos dos processos.

Outro caso emblemático é o do ex-dono do Banco Nacional, Marcos de Magalhães Pinto. Ele foi condenado em janeiro de 2002 a 28 anos e 10 meses de prisão por quatro crimes financeiros (com penas de 3, 6, 9 e 11 anos cada um). Magalhães chegou a ter o mandado de prisão expedido

⁵⁹ Prescrição livra réus do Banestado <http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1366122&tit=Prescricao-livra-reus-do-Banestado> acessado em 24 de abril de 2013.

em 3/09/2013 pelo juízo de primeiro grau de jurisdição que lhe condenou em 2002. Contudo, não ficou um dia sequer preso. Poucas horas depois, o TRF da 2ª Região lhe concedeu um *habeas corpus* sob o fundamento de que o processo não transitou em julgado.

De acordo com o advogado de Magalhães, Nelio Machado⁶⁰: “meu cliente tem 78 anos de idade, anda de bengala, tem saúde precária. O juiz que fez o mandado de prisão foi muito severo. Ele tentou validar uma decisão dele mesmo em 2002, mas ainda cabem recursos. E até o trânsito em julgado, não cabe execução provisória da sentença, como determinou o STF.”

Já o juiz federal Bizzo Moliari que expediu o mandado de prisão em face Magalhães considerou que “não se pode negar que eventual entendimento contrário (da execução provisória da sentença) representa um autêntico e verdadeiro brinde à impunidade e à ineficácia da justiça brasileira, tantas vezes acusadas de inoperância em se tratando de classes sociais mais elevadas”. Na mesma linha, a procuradora da República Ariane Guebel de Alencar: “o pedido de execução provisória da pena dos cinco dirigentes foi realizado por não haver mais possibilidade de interposição de recursos pela defesa que possam modificar a condenação imposta aos réus”.

Nesse quadro, é possível afirmar que a ordenamento jurídico brasileiro, sendo o único ordenamento do mundo que se tem conhecimento a prever o instituto da prescrição retroativa, acaba por induzir inevitavelmente quase a totalidade de processos criminais de crimes do colarinho branco tenha extinta a punibilidade de seus acusados em virtude da prescrição. Tal problema é agravado por um complexo e moroso sistema recursal, que conta com a benevolência dos tribunais na aceitação e apreciação de infindáveis recursos. Ademais, o início da prescrição executória com o trânsito em julgado para a acusação, a interpretação *contra legem* do art. 117, IV, do Código Penal, também ajudam na tarefa de inviabilizar a efetividade dos decretos condenatórios.

3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Nos crimes de colarinho branco, a pena demora mais de uma década para ser aplicada. Normalmente é aplicada em patamar perto ao mínimo legal, que pode ensejar a sua substituição por penas restritivas de direitos, ou seja, penas alternativas à prisão como prestação de serviços à comunidade e multa. Essa pena é perdoada após ser cumprida em apenas um quarto, por meio do indulto natalino.

Isso quando a demora do processo não acarreta o cancelamento do caso criminal pela prescrição, o que é extremamente frequente, ou a sua anulação por meio do *habeas corpus*, que deveria

⁶⁰ Reportagem do jornal “O Globo” de 4/09/2013 disponível no site <http://oglobo.globo.com/economia/integrantes-da-cupula-do-banco-nacional-deixam-prisao-na-madrugada-apos-habeas-corpus-do-trf-9815180#ixzz3Dj1NNBxR> acessado em 18/09/2014.

ser usado apenas quando se discute a liberdade de locomoção mas tem sido aceito para decidir todo tipo de questões – só na Operação Lavajato, já houve mais de 200 *habeas corpus*-, o que muitas vezes ocasiona anulação de provas de grandes casos de corrupção de maneira prematura, como a seguir será demonstrado.

Ao longo dos anos, inúmeras propostas legislativas e de Emenda Constitucional visaram melhor o sistema processual penal brasileiro.

Em abril de 2015, o Governo Federal lançou o denominado “pacote anticorrupção”. Trata-se de um conjunto de medidas que objetivam dar uma resposta imediata às vozes das ruas e, dentre outras coisas, prever o crime de “caixa 2” e de enriquecimento ilícito de servidores públicos, regular a lei anticorrupção, estabelecer a ficha limpa para servidores comissionados e instituir a ação de extinção de domínio. Fora isso, há ainda um projeto de estabelecer o Grupo de Trabalho para discutir a agilização de processos. Dentre essas medidas, merece aplausos a iniciativa de estabelecer a ficha limpa para servidores comissionados, sendo certo que alguns estados já adotam essa estratégia com êxito.

Quase concomitantemente, o Ministério Público Federal apresentou um pacote com vinte anteprojatos de lei, aglutinados em dez medidas contra a corrupção. Dentre as iniciativas do Ministério Público, além de medidas coincidentes com aquelas do Executivo, destacam-se a vinculação de parte da verba publicitária para campanhas contra a corrupção, a proteção do cidadão que reporta a corrupção, o aumento das penas e transformação da corrupção de altos valores em crime hediondo, a agilização do sistema recursal, a adequação do sistema prescricional para evitar impunidade injustificada, a aceleração de ações de improbidade administrativa, ajustes nas nulidades penais para evitar a anulação de grandes casos por falhas de menor importância, a responsabilização objetiva dos partidos, a criminalização da lavagem eleitoral, a prisão preventiva para recuperação do dinheiro desviado e a recuperação rápida e eficaz na vantagem obtida pelo crime.

Na parte das propostas do Ministério Público, observa-se que elas seguem três eixos: mudar a cultura de corrupção; aumentar penas e acabar com brechas da lei que trazem impunidade, a fim de que a corrupção seja considerada um crime de alto risco; e a recuperação rápida e eficaz do dinheiro público subtraído pelo crime de corrupção. Esses objetivos seguem diretrizes internacionais com que o país se comprometeu em tratados.

Muitas dessas propostas já se encontram tramitando no Congresso Nacional há anos. A título de exemplo, citem-se as propostas de incluir a corrupção no rol de crimes hediondos, em relação a que há propostas desde 1992; de criminalizar o caixa 2 eleitoral, como também o crime de enriquecimento ilícito de servidores públicos. O fato é que até o presente momento não houve vontade

política suficiente para atacar os dois grandes males da corrupção: penas risíveis e a impunidade gerada pelo modelo do processo penal brasileiro, que é moroso e ineficaz.

A situação dos processos de corrupção contra parlamentares é ainda mais grave. Como já salientado, o Brasil é um dos países com mais autoridades com foro por prerrogativa de função do mundo e possivelmente com mais investigados. Em que pese o foro especial, em tese, não contemple recurso ordinário, por benevolência das Cortes brasileiras na competência especial se acaba admitindo inúmeros recursos secundários e procrastinatórios, como exemplificado no Caso da Ação Penal nº 470.

A PEC 10/2013⁶¹, à luz dos estudos de direito comparado mencionados nesse trabalho, visa acabar com o foro especial para parlamentares e outras autoridades por crimes comuns (aqueles praticados sem relação com o cargo). A proposta se encontra parada desde 12/08/2013 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sem previsão de inclusão em pauta. Com objetivo semelhante, a PEC 470/2005 intenta extinguir o foro privilegiado para parlamentares e a PEC 63/2013⁶² almeja tornar expressa a inexistência de foro por prerrogativa de função em ação de improbidade.

Ainda em relação às propostas de alteração do texto constitucional, insta mencionar a PEC 275/2013, que visa transformar o STF em Corte Constitucional, passando as competências que não tem relação com a guarda da Constituição para o STJ. Pela proposta, o STF seria responsável somente pelos julgamentos de Recursos Extraordinários, Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Trata-se de medida que pode desafogar a Corte Suprema, atualmente assoberbada de competências que nada tem a ver com sua função precípua de guarda da Constituição. Tal iniciativa cresceu em importância após a divulgação do estudo “STF em números” da FGV/RJ que demonstra a caótica situação que se encontra o STF em relação à eficiência e celeridade processual, havendo casos em que os acórdãos chegam a demorar um ano para serem publicados, como também existindo liminares que demoram meses para serem apreciadas⁶³.

Houve também propostas de racionalização do sistema judiciário.

⁶¹A referida PEC alteraria os arts. 102, 105, 108 e 125 da Constituição Federal, a fim de incluir na competência do STF, STJ, TRFs e TJs tão somente os crimes de responsabilidade praticados pelas autoridades. Veda, ainda, o estabelecimento de foro por prerrogativa de função em caso de crimes comuns.

⁶² Disponível no site <http://www.reportermt.com.br/politica/pec-de-taques-pede-fim-de-foro-privilegiado-em-atos-de-improbidade/31882> acessado em 1º/2/2015.

⁶³ Supremo em números, FGV/RJ. Rio de Janeiro: 2014 disponível no site <http://supremoemnumeros.fgv.br/> acessado em 6/10/2014.

A fim de compatibilizar o sistema judiciário com uma política criminal mais eficiente e racional, o ex-Ministro do STF, Cezar Peluso⁶⁴ chegou a propor uma alteração no texto constitucional. A proposta foi apresentada durante mesa-redonda organizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) sobre o tema “Caminhos para um Judiciário mais eficiente”, em março de 2011. A chamada “PEC dos Recursos” acrescentaria ao texto constitucional os artigos 105-A e 105-B que passariam a ter a seguinte redação:

Art. 105-A A admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial não obsta o trânsito em julgado da decisão que os comporte.

Parágrafo único. A nenhum título será concedido efeito suspensivo aos recursos, podendo o Relator, se for o caso, pedir preferência no julgamento.

Art. 105-B Cabe recurso ordinário, com efeito devolutivo e suspensivo, no prazo de quinze (15) dias, da decisão que, com ou sem julgamento de mérito, extinga processo de competência originária: I – de Tribunal local, para o Tribunal Superior competente; II - de Tribunal Superior, para o Supremo Tribunal Federal.

Conforme pontuado na notícia do site do STF no dia 21 de março de 2011, a PEC tem “por objetivo reduzir o número de recursos ao Supremo e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dar mais agilidade às decisões judiciais de segunda instância: trata-se da “PEC dos Recursos”, que fará parte do III Pacto Republicano, a ser firmado em breve pelos chefes dos três Poderes.”

Caso a alteração fosse aprovada no Congresso Nacional, a execução das decisões judiciais seria imediata após as decisões colegiadas de segunda instância, antecipando o trânsito em julgado para esse momento. Na verdade, a PEC de Peluso poderia resolver o problema crônico do Poder Judiciário que se relaciona à efetividade da jurisdição. No Brasil, incrivelmente, é possível que nove julgadores concordem na análise do mérito de um caso e mesmo assim a decisão não possa produzir efeitos.

A título de exemplo, um processo criminal que trâmite na primeira instância, com sentença condenatória, confirmada pelo tribunal por unanimidade (três desembargadores), que tenha tido recurso especial com provimento negado também por unanimidade no STJ (cinco ministros), ainda tem que esperar o julgamento no STF de um recurso extraordinário e todas as outras insurgências cabíveis na instância suprema para produzir efeitos. O efeito prático disso tudo é que o processo criminal acaba nunca transitando em julgado.

⁶⁴ Conforme expressou Peluso: esta proposta não tem a pretensão de resolver todos os problemas do Brasil, mas poderá significar um passo expressivo, sobretudo para a sociedade, que tem uma demanda crônica, velha, persistente e relevante em relação ao Judiciário, e que tem ecoado, sobretudo, na imprensa: a morosidade da Justiça. Por isso, cabe ao Judiciário desafiar a sociedade com uma proposta que desperte a sua atenção e que seja objeto de sua reflexão.

Caso a defesa tenha advogados hábeis, dependendo da pena fixada, a possibilidade de manejar inúmeros recursos protelatórios culminará inevitavelmente na prescrição.

De acordo com Peluso: “uma causa que pode ser julgada em 20 anos, passaria a ser julgada em cinco. Isso é significativo? Isso representa uma resposta, sobretudo à segurança e à expectativa jurídica da sociedade, ou não?” indagou à plateia. No posicionamento do ex-Ministro, a aprovação da PEC vai desestimular recursos inúteis porque não haverá mais tempo para ganhar com protelações. Ademais, haverá valorização dos magistrados de primeiro grau de jurisdição que tem o contato direto com as partes, e dos tribunais de segunda instância, os quais poderão executar imediatamente as suas decisões.

A proposta foi endossada inicialmente pelo senador Ricardo Ferraço (PMDB-ES) e valia tanto para a área penal quanto para a área civil, o que representaria um relevante avanço na celeridade e eficiência processual.

Infelizmente, a ideia principal da PEC Peluso já foi sepultada pelo Congresso Nacional. A Proposta de Emenda à Constituição nº 15/2001 (PEC Peluso) sofreu alterações de lavra do Senador Aloysio Nunes (PSDB-SP) na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania no Senado Federal. As mudanças descaracterizaram totalmente a proposta. Se a iniciativa original visava definir o trânsito em julgado após decisões de segunda instância para impedir a longa e infundável tramitação dos recursos protelatórios, tanto na esfera penal e civil, o texto modificado restringiu a modificação para a esfera penal e prevendo que tão somente que órgãos colegiados e tribunais do júri poderão expedir mandados de prisão quando as decisões condenatórias em ações penais forem proferidas.

Assim, da proposta original, praticamente só sobrou o nome.

No âmbito legislativo, são interessantes algumas modificações relacionadas ao PL 8045/2010 do Novo Código de Processo Penal. Dentre elas, é de se ressaltar a previsão de limitação do *habeas corpus* apenas para violação efetiva ou iminente à liberdade de locomoção; a limitação da utilização dos embargos infringentes e dos embargos declaratórios; o surgimento do agravo de instrumento no processo penal, conferindo legitimidade inclusive ao Ministério Público dentre outras.

No Senado Federal, uma proposta recém-apresentada pelo Senador Randolpho Alves encampa boa parte das sugestões de racionalização do *habeas corpus* expostas neste trabalho.

O projeto que ainda não possui numeração definida alteraria o art. 647 do Código de Processo Penal que passaria a prever:

“Art. 647

§ 1º Salvo para evitar a prisão ilegal ou restituir a liberdade indevidamente cerceada, não se dará Habeas Corpus:

I - de ofício;

II - por medida liminar;

III - como sucedâneo de recurso;

IV - com supressão de instância;

V – sem prévia requisição de informações ao Promotor Natural da instância de origem da ação penal

§2º O Ministério Público será previa e obrigatoriamente intimado da data do julgamento do Habeas Corpus.

§3º Se o habeas corpus for concedido em virtude de nulidade do processo, renovar-se-ão apenas o ato anulado e os que diretamente dele dependam, aproveitando-se os demais e se facultando às partes

Além de adequar o cabimento do *habeas corpus* somente a hipóteses relacionadas à violação do direito da liberdade de locomoção, compatibilizando o texto legal ao disposto na Constituição Federal, o projeto também corrige diversas discrepâncias no uso desmedida da ação constitucional. Nessa seara, haveria limitação da utilização do uso do *habeas corpus* como sucedâneo de recurso e com supressão de instância, o que corrigiria a violação ao devido processo legal e o juiz natural. Ademais, a necessidade de requisição de informações ao promotor natural efetiva o princípio do contraditório e da paridade de armas, também prejudicado nos julgamentos dos *habeas corpus* nos tribunais pátrios, conforme já aprofundado nos itens anteriores deste trabalho.

Também é importante mencionar as propostas apresentadas pela ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro), a qual⁶⁵ “consiste na articulação de órgãos, entidades públicas e sociedade civil, que atuam na prevenção e combate à corrupção e à lavagem de dinheiro. O objetivo da ENCCLA é coordenar e sistematizar as ações desses órgãos, de forma a aperfeiçoar e otimizar os seus resultados.”

Na última reunião plenária entre 18 e 21 de novembro de 2014, em Teresina/PI, a ENCCLA definiu as seguintes ações efetivas para 2015⁶⁶:

1) aprovação célere, pelo Congresso Nacional, dos projetos de lei de extinção de domínio e de criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 2) adoção de medidas, legislativas e de administração judiciária, que induzam à racionalização do sistema processual em geral e recursal em particular, a fim de que os processos relativos à corrupção, à lavagem de dinheiro e à improbidade administrativa sejam julgados em prazo razoável e tenham efetividade, com início da execução, no máximo, após duplo grau de jurisdição e que reduzam os casos de foro por prerrogativa de função; 3) aperfeiçoamento da Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429, de 2 de junho de 1992), nos termos do

⁶⁵ Fonte: Site do COAF.

⁶⁶ Fonte: Site da ENCCLA <http://enccla.camara.leg.br/acoas> acessado em 16/01/2015.

anteprojeto proposto pela ENCCLA;4) edição de legislação que estimule e proteja o denunciante de boa fé, em cumprimento aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, e que regulamente a atividade de intermediação de interesses (lobby); 5) estabelecimento de critérios que privilegiem idoneidade e capacidade técnica dos gestores públicos nomeados para cargos comissionados; 6) recomposição e fortalecimento dos órgãos de inteligência, investigação, fiscalização e controle da administração pública, garantindo-lhes recursos humanos e financeiros compatíveis com sua missão institucional de prevenir e combater a corrupção e a lavagem de dinheiro;7) promoção da transparência para o fortalecimento de mecanismos de fiscalização, pelo cidadão, do uso dos recursos públicos, em todos os poderes e esferas da Federação;8) regulamentação célere e adoção de medidas para aplicação plena da Lei Anticorrupção (Lei 12.846, de 1.º de agosto de 2013), em todas as esferas e poderes da Federação.

Defendido pelos juízes federais Sergio Fernando Moro e Antonio Cesar Bochenek (2015), um dos projetos de lei previamente aprovado pela ENCCLA prevê que “o recurso contra a condenação por crimes graves em concreto não impedirá, como regra, a prisão”. Segundo o projeto de lei apresentado, o juiz poderá levar em consideração para decretar a prisão na sentença como o fato de o dano ter sido ressarcido dentre outras coisas.

Enfatizando o atual momento peculiar do país no combate à corrupção, Moro e Bochenek (2015) lembram que: “se a crise nos ensina algo, é que ou mudamos de verdade nosso sistema de Justiça Criminal, para romper com sua crônica ineficiência, ou afundaremos cada vez mais em esquemas criminosos que prejudicam a economia, corrompem a democracia e nos envergonham como País.”

Desse modo, existem incontáveis iniciativas tanto do Poder Legislativo, da sociedade civil e de autoridades responsáveis pela persecução penal para dar um mínimo de racionalidade ao sistema processual penal e civil. Contudo, até o presente momento, não se viu esforço ou vontade política que possa colocar tais reformas na pauta de votação do Congresso Nacional nos próximos meses.

PARTE II- DELIMITAÇÃO DO USO HABEAS CORPUS

1. O DIREITO À LIBERDADE NA FILOSOFIA

Antes de adentrar no estudo específico do *habeas corpus*, é pertinente estabelecer um referencial teórico filosófico sobre o direito tutelado pelo remédio constitucional que será estudado: liberdade de locomoção.

É certo que um olhar atento para história da humanidade demonstrará que desde a antiguidade o homem oprime e escraviza seus semelhantes. Nesse contexto, a busca pela liberdade marca o homem desde seus primórdios. Conforme, assinala Bobbio, (1997, p. 16 apud PINHO, A. A. R. G, 2007): “a liberdade é o valor Supremo do indivíduo em face do todo, enquanto a justiça é o bem supremo do todo enquanto composto das partes”.

Na realidade, a história da filosofia se confunde com a história das primeiras formas de liberdade institucionalizadas no estado grego, sendo que “a filosofia nasce do voo do homem rumo à liberdade” (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 3).

Em razão disso, os primeiros conceitos conhecidos de liberdade remontam justamente à filosofia grega na antiguidade.

Para Platão “a verdadeira liberdade será a alma se libertar do presídio do corpo” (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 4). Isso porque Platão entendia que a alma ficava aprisionada ao corpo na vida terrena e conseqüentemente, a todas as amarguras que a vida física traz.

Já para Aristóteles “a liberdade humana se opõe ao que é condicionado externamente (necessidade) e ao que acontece sem escolha deliberada (contingência).” Em *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 1999, p. 55 apud PINHO, A. A. R. G, 2007) fala que “o mérito ou demérito podem ser atribuídos só a certos atos, que se é livre de executar ou não” (ARISTÓTELES, 1999, p. 55 apud PINHO, A. A. R. G, 2007). Nessa concepção aristotélica, a liberdade consiste na possibilidade de escolha entre diversas opções, desde que sustentada pela razão. Assim, nas suas escolhas livres, o homem não poderia se deixar levar pela emoção, devendo se orientar pela razão para atingir a liberdade ética, o que tornaria ser livre uma virtude.

Ainda sobre o conceito de liberdade durante a antiguidade, Helio Tornaghi (1963, p. 21) explica que:

Foi corrente em toda a antiguidade a ideia de que a conservação do prisioneiro de guerra como escravo era verdadeira liberdade, pois bem se lhe poderia dar a morte. Além disso foi tido como normal: que o filho de escravo, escravo fosse; que o insolvente pudesse ser tomado em pagamento; que o dano se ressarcisse pela auto-entrega do ofensor (*nome datio*); que a condenação criminal impusesse a perda da liberdade com a consequência

da incapacidade total; que o miserável procurasse arrimo entre os abastados e se lhe dessem como escravos.

Em seu Manual do Direito Penal, Tornaghi (1963, p.10) vai enfatizar que liberdade jurídica afirmando que “livre é quem faz o que quer dentro dos limites da lei.”

O conceito de liberdade continuou a ser tratado durante a era medieval. Nessa época, a graça divina e o conhecimento natural incrementam as definições de liberdade.

Para Santo Agostinho, a vontade e a liberdade se confundem. Dessa forma, há abandono da vontade controlada pela razão como verdadeira liberdade. Segundo Agostinho, a liberdade se materializa no poder de usar de forma adequada o livre arbítrio, sendo que “o grau supremo da liberdade seria o homem estar possuído ou confirma no estado de graça” (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 6).

Ainda na idade média, segundo a lição de Santo Tomás de Aquino, o homem como ser racional é hábil para distinguir o bem e o mal, bem como para querer fazer o bem ou o mal de acordo com o seu livre-arbítrio, o qual para ele seria a fonte do mal. “Portanto, todas as coisas que existem são boas, e aquele mal que eu procurava não é uma substância, pois, se fosse substância, seria um bem. Na verdade, ou seria substância corruptível, e, nesse caso, se não fosse boa, não se poderia corromper” (AGOSTINHO, 1984, p. 177 apud PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 6).

O conceito de liberdade volta a ser trabalhado na Modernidade. Há uma nova aproximação da liberdade e razão. Ser livre é não se contentar com o mundo perfeito e acabado da idade medieval, demandando a expansão dos horizontes.

Nesse paradigma René Descartes expressa que o Estado surge da vontade livre dos homens. Descartes defende, sobretudo, a liberdade do pensamento, porque somente exercendo tal liberdade o cidadão justifica a sua presença no planeta. Desse modo, a liberdade se funda na razão, sendo que a sua utilização não pode ser condicionada por nenhum ser superior à própria razão, afastando a noção de liberdade das questões e dogmas religiosos que prevaleceram durante a era medieval (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 7).

Já Jacques Rousseau desenvolve a ideia que o homem somente é realmente livre no estado de natureza, sendo que os conflitos e as desavenças surgem com a propriedade privada. A partir dali, advém à necessidade dos indivíduos se organizarem em sociedade segundo um contrato social, onde os cidadãos abririam mão de parte de sua liberdade para subordiná-la à vontade geral “como expressão da participação coletiva no corpo político” (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 6).

No seu “Discurso sobre a origem da desigualdade” explica Rousseau (1754):

os próprios sábios viram que era preciso se resolverem a sacrificar uma parte de sua liberdade para a conservação da outra, como um ferido deixa que lhe cortem um braço para salvar o resto do corpo:

Tal foi ou deve ter sido a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram sem remédio a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, de uma astuta usurpação fizeram um direito irrevogável, e, para proveito de alguns ambiciosos, sujeitaram para o futuro todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria

As discussões sobre a liberdade também foram objeto de estudo dos contratualistas Hobbes e Locke.

Para John Locke, no estado natural todos os indivíduos são livres e iguais entre si, tendo iguais direitos ao trabalho e propriedade (PINHO, A. A. R. G, 2007, p. 8), sendo que “a liberdade é o poder de agir conforme as diretrizes do espírito, em busca do bem-estar e da felicidade (BATALHA, 1968, p. 47 apud PINHO, A. A. R. G, 2007).

Já para Hobbes, no estado natural o homem não conhece leis e a ideia, vivendo em constante guerra uns contra os outros⁶⁷ porque todos têm direito a tudo, sendo o homem o lobo do homem⁶⁸. Assim, para viver em sociedade os indivíduos devem abrir mão de parte de sua liberdade e entregar para um ser supremo, o Leviatã, dono do poder soberano e único capaz de oferecer proteção, sendo que “a liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais” (Hobbes, 2003, p.179).

Com o lema: liberdade, igualdade e fraternidade a burguesia derruba a monarquia absolutista de Luis XV na França, e incorpora o conceito de liberdade na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁶⁹ (1789), sendo incorporada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1945 (soft law), como também em todas as convenções internacionais de direitos humanos modernas⁷⁰.

Na sequência da história, o direito à liberdade será a base do Estado liberal, como direito a não interferência estatal nos assuntos privados do indivíduo, tratando-se de uma obrigação de não fazer do Estado. Posteriormente, será conceituado como direito de 1ª dimensão, e aparecerá em todas as constituições liberais do século XIX e XX, inclusive na Constituição Brasileira de 1891.

⁶⁷ *Bellum omnium contra omnes*

⁶⁸ *Homo homini lupus*

⁶⁹ A liberdade consiste em poder fazer tudo quanto não incomode o próximo; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão nos que asseguram o gozo destes limites. Esses limites não podem ser determinados senão pela lei.

⁷⁰ O direito à liberdade aparece presente na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, como também nas convenções internacionais da ONU

No século XX, o direito à liberdade permanece hígido nas constituições nacionalistas dos estados democráticos, sendo que, a partir da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição Weimar na Alemanha em 1919, passa-se a incorporar os chamados direitos sociais de segunda dimensão, inspirados na ideia de *welfare state*. Nesse paradigma histórico, percebe-se que não basta que o Estado tutele o direito à liberdade, pois não há como falar em liberdade se não existe igualdade. Daí para frente, o Poder Público assume alguns compromissos prestacionais a fim de efetivar o direito à igualdade.

Após a Segunda Guerra Mundial, com as atrocidades do holocausto há uma nova alteração de paradigma filosófico do direito. Surge a ideia de Constituição Normativa transformadora da realidade social. Trata-se do que denominamos Estado Democrático de Direito, no qual o Poder Público não se limita a prestações assistenciais para reduzir as desigualdades sociais, mas assume verdadeiro compromissos modificadores do status quo vigente, admitindo inclusive a implementação de normas constitucionais pelo Poder Judiciário diante da omissão deliberada dos Poderes Constituídos em cumprir os comandados constitucionais.

Atualmente, no Brasil, a Constituição de 1988 institui o Estado Democrático de Direito e emerge a importância do direito à liberdade contemplando-o em diversos dos incisos de seu artigo 5º, como também prevendo um remédio constitucional eficaz para combate a sua violação: o *habeas corpus*.

Conforme a lição de Helio Tornaghi (1961, p. 34) liberdade e democracia estão umbilicalmente ligadas explicando: “que sem liberdade não há democracia e sem democracia não floresce a liberdade que os regimes ditatoriais do novo tempo falam de liberdade em suas constituições e vestem roupagens de democracia.”

Portanto, a liberdade consiste em direito fundamental dos indivíduos e pressuposto imprescindível para o exercício dos outros direitos e garantias públicas. O seu conceito foi sendo seguidamente debatido entre as correntes filosóficas desde a Antiguidade até a pós-modernidade, recebendo diferentes conotações ao longo do tempo. Como se pode perceber, a depender do período histórico, a definição de liberdade se aproxima e se afasta da razão e da religião.

2. HISTÓRICO DO HABEAS CORPUS- BRASIL E DIREITO COMPARADO

Na história, o *habeas corpus* é registrado como a primeira garantia de direito fundamental concedida por um monarca, João Sem Terra, na Magna Carta de 1215 e posteriormente formalizada no “Habeas Corpus Act” de 1679. Contudo, para alguns, este remédio constitucional encontra a sua origem remota no *interdictum de homine liberum exhibendum* do Direito Romano pelo qual todo

cidadão podia reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente. Na sua origem, tratava-se de uma garantia individual do indivíduo oponível perante os poderes constituídos, constituindo “remédio sumário contra as violações da liberdade física (Pacelli e Fischer, 2013, p.1375) ⁷¹”.

Já em terras brasileiras, o seu primórdio aparece em 1821⁷² por intermédio de um alvará de D. Pedro I no qual se assegurava a liberdade de locomoção. Com a atual terminologia *habeas corpus*, apareceria alguns anos mais tarde no texto do Código Processo Criminal do Império de 1832⁷³, estando inserido no Título VI (MIRANDA, 1962, p. 105)⁷⁴. Durante o império, ainda, passou-se a prever o cabimento do *habeas corpus* preventivo com a promulgação da Lei nº 2.033, de 1871: art. 18, §1º: “Tem lugar o pedido e concessão da ordem de habeas-corpus ainda quando o impetrante não tenha chegado a sofrer o constrangimento corporal, mas se veja delle ameaçado.”

Finalmente, o *habeas corpus* passou a aparecer no texto constitucional brasileiro a partir da Carta Republicana de 1891: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 77, § 22).

Como se observa, a garantia constitucional da época assegurava o *habeas corpus* preventivo, mas com a restrição de que se o indivíduo se achasse “em iminente perigo” de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção.

Embora o *habeas corpus* tenha estado presente em todas outras constituições, sua feição sofreu modificação pelos textos constitucionais seguintes.

A Constituição de 1934 em seu art. 113, § 23, estabelecia: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*”.

⁷¹ Na mesma linha, Ponte de Miranda (História e prática do habeas corpus. 4 ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1962, p. 105) “a função especial e única, assim nas ilhas britânicas, como nos Estados Unidos da América, se circunscreve a livrar da prisão ou de quaisquer constrangimentos ao direito de locomoção- ao ir, ficar e vir- os que alegarem a provarem insuficiência de razões para isso”.

⁷² Antes disso, ainda no período colonial, não se pode dizer que não existia qualquer remédio para a tutela da liberdade de locomoção, como a denominada carta de seguro por todos. Contudo, somente com o *habeas corpus* a liberdade passou a ser assegurada por um remédio pronto, fácil e efetivo. (Flávio Augusto Saraiva. A tutela da liberdade pessoal antes da instituição formal do *habeas corpus* no Brasil. In : PIOVESAN, Flávia e GARCIA, Maria (org.) *Doutrinas essenciais: Direitos humanos: Instrumentos e garantias de proteção* São Paulo: RT, 2011, v. 5, p. 799-51)

⁷³ Conforme BADARÓ no artigo “Ônus da prova no *habeas corpus: in dubio pro libertate*”: “O Código Criminal do Império, de 1830, no Título I, da Parte III, em que tratava dos crimes contra a liberdade individual, punia o juiz que negasse a conceder ordem de *habeas corpus* regularmente requerida, nos casos em que pudesse ser legalmente passada (art. 183), ou os oficiais de justiça que se recusassem ou demorassem a realizar a intimação de ordem de *habeas corpus* (art. 184), ou a pessoa a quem fosse dirigida a ordem de *habeas corpus* e que se recusasse ou demorasse a apresentar o preso (art. 185). Também era crime ocultar o preso ou mudá-lo de prisão, com o fim de iludir ordem de *habeas corpus* (art. 186) ou, tornar a prender, pelo mesmo motivo, a pessoa que tivesse sido solta por efeito de ordem de *habeas corpus* (art. 187). Não havia, contudo, uma disciplina sistemática do *habeas corpus*, que somente ocorreu com o Código de Processo Criminal do Imperito, de 1832.”

⁷⁴

Atente-se que com a troca do termo “imminente perigo” por “se achar ameaçado” ampliou-se significativamente o cabimento do *habeas corpus* preventivo.

Já a Constituição de 1937 voltou a restringir o cabimento do *habeas corpus* preventivo. Dispunha o texto constitucional no seu art. 122, § 16 que: “dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar”. Houve mudança da expressão “se achar ameaçado” por “se achar na iminência de sofrer...”, o que tornou sua hipótese de cabimento mais restritiva no que se refere ao *habeas corpus* preventivo, sendo certo que tal restrição foi repetida no art. 647 do Código de Processo Penal de 1941.

Com a Carta de 1946, volta-se para a redação mais ampliativa expressando: “Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*”.

Tal redação foi repetida nas constituições de 1967/69 e 1988.

No surgimento no direito comparado, o *habeas corpus* não era um instrumento utilizado exclusivamente para a tutela de liberdade de locomoção, embora fosse usado, em regra, pelos Tribunais para determinar a apresentação de alguém, um prisioneiro, à Corte, para literalmente "ter o corpo" em Juízo⁷⁵.

Contudo, posteriormente, as Cortes inglesas começaram a utilizar o *habeas corpus* para avaliar a causa da prisão, liberando o preso quando reputavam a medida ilegal ou abusiva. Assim, a partir desse momento, o remédio constitucional ficou com a sua utilização restrita a insurgências contra a violação ao direito de ir e vir.

Entre os diversos exemplos citados por Halliday (2010, p. 174), destaque-se o “Buschel’s case”, um precedente de 1670, no qual o *habeas corpus* foi utilizado para libertar jurados presos por ordem do Juiz Presidente do Tribunal do Juri, com fundamento de que a decisão deles era contrária à prova dos autos. O autor aponta tal julgamento com a origem do princípio da soberania dos veredictos (2010, p. 52-53).

⁷⁵ A título de exemplo, frise-se que em 1554, a *Queen's Bench* utilizou dois *habeas corpus* para trazer a julgamento diversas pessoas envolvidas em rebelião, sendo identificadas nos *writ* notas de que os rebeldes deveriam ser enforcados (HALLIDAY, Paul D. *Habeas Corpus: From England to Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 29).

Nos Estados Unidos, o *habeas corpus* foi instituído com o artigo I, seção 9, da Constituição norte-americana de 1787⁷⁶, sendo instituído e utilizado para combater ataques ou ameaça de violações à liberdade de locomoção⁷⁷.

Em Portugal, país no qual o *habeas corpus* somente foi incorporado pelo Decreto-lei nº 35.043/1945, Guimarães (2009, p. 228-229) salienta que o uso do *habeas corpus* fica adstrito a assuntos relativos à liberdade de locomoção. Nessa linha, cita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça português:

a providência de *habeas corpus* destina-se tão só a controlar a legalidade da prisão no momento em que se decide, tendo como finalidade verificar a legalidade das prisões a que os cidadãos estão sujeitos, nela não se incluindo a verificação de qualquer ilegalidade que possa ter sido cometida no processo, seja criminal ou disciplinar, nem qualquer medida contra os responsáveis por tais ilegalidades" (Acórdão de 26.04.1989, processo 10/89, BMJ 386, p. 422 - apud GUIMARÃES, Isaac Sabbá. op.cit. , p. 228-229).

No Brasil, a utilização do *habeas corpus* para tratar de assuntos não relacionados à liberdade de locomoção começou a ser desenhada no final do século XIX quando surge a chamada “teoria brasileira de *habeas corpus*”. Por ela, esse remédio constitucional poderia ser utilizado para a tutela de outros direitos que tinham como pressuposto a liberdade de locomoção. O precedente precursor dessa doutrina foi *habeas corpus* nº 3.536, em que concedida ordem, em 05.6.1914 pelo Supremo Tribunal Federal, para efetivar o direito do Senador Ruy Barbosa “a publicar os seus discursos proferidos no Senado, pela imprensa, onde, como e quando lhe convier.”

Portanto, essa doutrina idealizada por Rui Barbosa equiparava diversas hipóteses de cabimento do *habeas corpus* àquelas compatíveis atualmente com o mandado de segurança. Tal teoria ampliativa perdurou até a Reforma Constitucional de 1926⁷⁸. Após a modificação a ação passou a ser cabível tão somente nos casos de ameaça ou lesão à liberdade de ir e vir conforme se verifica pela atual redação do Código de Processo Penal e do art. 5º, inc. LXVIII.

⁷⁶ Seção 9 (...) Não poderá ser suspenso o remédio do *habeas corpus*, exceto quando, em caso de rebelião ou de invasão, a segurança pública o exigir. (...)

⁷⁷ Nesse sentido, os estudos do direito comparado de Kamisar (2002, p. 1.585-628), Trechsel (2005, p. 462-495) e Guimarães (2009, p. 165-81) demonstram que no direito anglo saxão o remédio constitucional é utilizado exclusivamente contra decretos prisionais, não se prestando a discutir questões de mérito da ação penal.

⁷⁸ Nesse sentido, o §22 do artigo 72 da CF/1891 passou a ter a seguinte redação: "Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção".

Contudo, como resquício da teoria brasileira do *habeas corpus*, tem-se que na atualidade, o espectro da aceitação do *writ* é muito mais amplo do que o contemplado pelo próprio texto constitucional e legal.

Assim, à luz do direito comparado, constata-se que a utilização do *habeas corpus* nos ordenamentos jurídicos estrangeiros fica restrita a hipóteses em que há violação ou ameaça real à liberdade de locomoção, sendo certo que a prodigalização do remédio constitucional para atacar qualquer insurgência defensiva é exclusividade da jurisprudência brasileira. Embora legalmente a ação constitucional seja cabível tão somente para tutela da liberdade de locomoção, na jurisprudência dos tribunais o *habeas corpus* vem sendo usado para as mais diversas modalidades de insurgências, como a seguir será mais bem exposto.

3. CONCEITO

A expressão *habeas corpus* tem origem no latim significando literalmente “tenha o corpo”. Ou seja, o termo latino se refere à própria apresentação do preso.

Em que pese a expressão latina tenha origem mais que centenária, a questão da apresentação imediata do preso em juízo é tema atual.

Recentemente, em 2015, discute-se acerca da viabilidade de realização da audiência de custódia dos presos em flagrante no Estado de São Paulo, a qual tem por escopo garantir o contato do cidadão preso com um juiz no prazo de até 24 horas após a sua prisão em flagrante.

No Brasil, a realização de audiência de custódia faz parte do projeto do CNJ e passou a ser exigida de forma pioneira pelo TJ/SP pela Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo pelo Provimento Conjunto nº 3 /2015. Esses atos normativos se fundamentam na Proposta Legislativa nº 554/2011⁷⁹ de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares que prevê a apresentação do preso perante o juiz em até 24 horas para a realização da audiência de custódia, como também na Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992 que dispõe no seu art. 7º “toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”.

A iniciativa tem demonstrado bons resultados no seu início, sendo que no primeiro dia de sua realização, 24 de fevereiro de 2015, 17 presos dos 24 casos analisados foram colocados em liberdade provisória, uma vez constatado pelo magistrado que a prisão era desnecessária⁸⁰.

⁷⁹ Fonte: <https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf> acessado em 14/03/2015.

Na legislação brasileira, o art. 306 do Código de Processo Penal prevê que o auto de prisão em flagrante deverá ser encaminhado para o juiz competente no prazo de até 24 horas. Entretanto, a disposição legislativa não tem se mostrado suficientemente adequada para a realização uma apreciação real e efetiva acerca da legalidade e imprescindibilidade da manutenção da prisão, como também para verificar se os direitos da pessoa presa foram respeitados.

Por isso, a realização da audiência imediatamente após a prisão é necessária para o magistrado verificar pessoalmente a respeitabilidade e os limites da atuação das forças de repressão do Estado.

Vale frisar que o Pacto de San da Costa Rica é um tratado de Direitos Humanos vigente no Brasil com *status* supralegal, conforme decidido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, a realização da audiência de custódia no Brasil é um dever das autoridades públicas, prescindindo de intermediação legislativa, sendo que este procedimento é a forma mais célere e efetiva de cumprir as garantias constitucionais previstas no art. 5º, LXV e LXVI, da que expressam que: “a prisão ilegal será imediatamente relaxada e que ninguém será levado à prisão ou nela mantido se a lei admitir a liberdade.”

Essas informações reforçam a preocupação existente com os limites de restrição do direito fundamental à liberdade de locomoção.

Em relação ao *habeas corpus*, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 5º, inciso LXVIII que: “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.”

Assim, pode-se conceituar *habeas corpus* como sendo o remédio constitucional que tem o objetivo evitar ou promover a cessação de violência, obstrução ou coação à liberdade de locomoção, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder, sendo certo que o seu manejo pode assumir verdadeiro caráter inibitório do ilícito na hipótese do *habeas corpus* preventivo.

É cabível o pedido liminar na ação constitucional, independente da audiência prévia com a outra parte, com fundamento nos arts. 649⁸¹, 656⁸² e 660⁸³ do CPP.

⁸⁰ Disponível na notícia: “No 1º dia de audiência de custódia, juízes julgam 24 detidos em flagrante na capital” do Jornal O Estado de São Paulo disponível no site <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,no-1-dia-de-audiencia-de-custodia-juizes-julgam-24-detidos-em-flagrante-na-capital,1638927> acessado em 14/03/2015.

⁸¹ Art. 649. O juiz ou o tribunal, dentro dos limites da sua jurisdição, fará passar imediatamente a ordem impetrada, nos casos em que tenha cabimento, seja qual for a autoridade coatora.

⁸² Art. 656. Recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar

⁸³ Art. 660. Efetuadas as diligências, e interrogado o paciente, o juiz decidirá, fundamentadamente, dentro de 24 (vinte e quatro) horas.

4. NATUREZA JURÍDICA E MODALIDADES: REPRESSIVO E PREVENTIVO

Prevalece⁸⁴ o entendimento de que o *habeas corpus* se cuida de ação autônoma de impugnação disponível exclusivamente para a defesa. Conforme Pacelli e Fischer (2013, p. 1375): “embora topicamente inserido no Código de Processo Penal em capítulo dentro do título dos recursos (capítulo X do título II), de recurso evidentemente não se trata”.

Na doutrina, existem duas modalidades básicas de classificação do *habeas corpus*: 1) o repressivo é utilizado quando a violação à liberdade de locomoção já ocorreu e o; 2) preventivo é cabível quando há ameaça da ocorrência da violação da liberdade de locomoção, o qual, quando concedido, culmina com a expedição do salvo conduto.

No *habeas corpus preventivo*, para fins de orientação teórica do presente estudo, a grande controvérsia recai na extensão do termo “ameaça”, havendo o entendimento de que: “I - O deferimento do pedido de *habeas corpus* preventivo requer a demonstração da efetiva ameaça ao direito de liberdade de locomoção, bem como da manifesta necessidade de sua concessão em virtude da iminente ocorrência do constrangimento ilegal.” (TJ-MG - HC: 10000130079312000 MG, Relator: Júlio César Lorens, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Criminais Isoladas / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/03/2013).

A seguir, no presente trabalho, a maior parte das considerações e críticas recai na ampliação desmensurada do uso do *habeas corpus* preventivo para atacar qualquer ameaça remota à liberdade de locomoção. Durante a abordagem dessa parte do estudo, serão feitas explicações sobre as hipóteses de cabimento do *habeas corpus* preventivo completamente estranhas à finalidade de cessar ameaça iminente à liberdade de locomoção.

5. PARTES

Por impetrante, considera-se aquele que ingressa com *habeas corpus*. É dispensável a capacidade postulatória para o *habeas corpus*, podendo qualquer pessoa⁸⁵, mesmo sem habilitação jurídica de advogado, figurar como impetrante da ação constitucional que é isenta de custas.

⁸⁴ Em sentido parcialmente diverso, conforme registra BADARÓ (2009), considerando que o *habeas corpus* tem natureza mista, tanto de ação, quanto de recurso, cf.: Sadi Cardoso de Gusmão, Código de Processo Penal: livres anotações. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942 p. 578-579; Edgard Magalhães Noronha, Curso de processo penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 404. Considerando tratar-se de recurso: Galdino Siqueira, Curso de Processo Penal.

⁸⁵ Art. 654. O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público.

Esse entendimento decorre da interpretação do artigo 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal, que expressa: "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder".

Não há necessidade da outorga de procuração pelo beneficiário. O Ministério Público tem legitimidade para impetrá-lo em favor do réu.

Ao dispensar maiores formalidades como a capacidade postulatória, o objetivo do constituinte era justamente democratizar o acesso ao remédio constitucional a qualquer cidadão. Em razão disso, é muito comum a existência de detentos especialistas em redigir essa ação constitucional para examinar a situação carcerária dos colegas.

Por paciente, entende-se aquele que é o beneficiário da ação constitucional. Trata-se da pessoa que está tendo sua liberdade de locomoção violada ou ameaçada. O Supremo Tribunal Federal tem orientação de que é possível a impetração de *habeas corpus* em favor de estrangeiro, mesmo que não residente no Brasil⁸⁶.

Por se tratar de liberdade de locomoção, somente pode figurar como paciente do *habeas corpus* a pessoa física, a qual é titular da liberdade de locomoção. Assim, prevalece de forma tranquila o entendimento a respeito da impossibilidade do cabimento dessa ação constitucional em favor de pessoa jurídica pontuando o STJ⁸⁷ que: “tendo em vista não prestar-se o remédio constitui-

⁸⁶ “(...)O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes (HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.(...)” (HC 102041, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-03 PP-00669)

⁸⁷ Em sentido contrário, registra-se que no STJ foi conhecido o seguinte habeas corpus em favor da Pessoa Jurídica, cuja impetração foi concomitante com uma pessoa física: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 62 E 3º, DA LEI Nº 9.605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes).II - Qualquer entendimento contrário, i.e., no sentido de se reconhecer a atipicidade da conduta do ora paciente, demandaria, necessariamente, o revolvimento do material fático-probatório o que, nesta estreita via, mostra-se inviável (Precedentes). III - Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" cf. Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes). Recurso desprovido.(RHC 19.119/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2006, DJ 04/09/2006, p. 289)

onal a tutelar os interesses de pessoa jurídica no seio de processo penal, diante da ausência de afetação do bem jurídico liberdade de locomoção, não titularizado pelo ente moral” (HC 181.868/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 20/02/2013).

Finalmente, o impetrado é a pessoa responsável pelo constrangimento ilegal na liberdade de locomoção. Varia conforme o tipo de constrangimento, podendo ser inclusive o particular que constrange ilegalmente o direito de ir e vir de outra pessoa como no caso do dono de hospital que não permite a saída do paciente enquanto não paga a conta. A pessoa do impetrado é fundamental para definir a competência para julgamento do *habeas corpus* como a seguir será detalhado.

6. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.

Em regra, competirá conhecer o pedido de *habeas corpus* a autoridade judiciária imediatamente superior àquela que praticou ou está em vias de praticar o ato ilegal.

Nessa linha, compete aos Juízes de Direito estaduais quando a coação for exercida por particulares ou pelas autoridades policiais estaduais.

Já os Tribunais de Justiça serão competentes originariamente, sempre que a autoridade coatora for Juiz de Direito estadual (Código de Processo penal, art. 650, II). De acordo com o entendimento jurisprudencial, o Tribunal de Justiça também é competente para julgar *habeas corpus* em face de ato praticado por promotor de justiça⁸⁸. Utiliza-se como argumento a simetria entre as carreiras jurídicas.

O STF tem entendido que o *habeas corpus* em face de decisões das turmas recursais dos juizados especiais criminais serão de competência do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal⁸⁹.

Anteriormente, havia o entendimento sumulado⁹⁰ de que cabia ao próprio Pretório Excelso julgar *habeas corpus* em face de ato de Turma Recursal sob o fundamento de que não há hierarquia

⁸⁸ HABEAS CORPUS. PENAL. AUTORIDADE IMPETRADA: PROMOTOR DE JUSTIÇA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ART. 96, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 96III CONSTITUIÇÃO 1. Conforme pacífico entendimento deste Tribunal Superior, compete ao Tribunal de Justiça local processar e julgar *habeas corpus* contra ato imputado a membro do Ministério Público estadual. 2. Ordem concedida, a fim de reconhecer a competência do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para a apreciação de writ impetrado em face de membro do Ministério Público local, determinando o prosseguimento da análise do *habeas corpus* n.º 990.09.031060-0. (136370 SP 2009/0093203-6, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2011)

⁸⁹ HC86834/SP Relator Min. Marco Aurelio, 23/08/2006, Órgão Julgador Plenário.

⁹⁰ Súmula 690: “ Compete originalmente ao STF o julgamento de *habeas corpus* contra decisão de turma recursal de Juizados Especiais Criminais”.

entre o Tribunal de Justiça e a Turma Recursal. Entretanto, mostrou-se inviável atribuir mais uma competência ao já assoberbado STF, mormente para analisar matérias de *habeas corpus* de turmas recursais do país inteiro.

Diga-se de passagem, tendo em conta que é praticamente impossível a prisão decretada pelo Juizado Criminal, é criticável o cabimento de *habeas corpus* no âmbito dos juizados.

Aos juízes federais compete julgar o *habeas corpus* quando a autoridade coatora for federal. Caso seja o próprio Juiz Federal a autoridade coatora, competirá ao Tribunal Regional Federal a que estiver ele subordinado.

Competirá ao Superior Tribunal de Justiça⁹¹, quando o coator ou o paciente for Governador de estado ou do Distrito federal; órgão monocrático dos Tribunais Estaduais ou dos Tribunais Regionais Federais, membros dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Distrito Federal; dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais do Trabalho; dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União que oficiem perante Tribunais ou quando o Coator for Ministro de Estado.

O Supremo Tribunal Federal⁹² será competente se o paciente for o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os seus próprios Ministros, o Procurador-Geral da República, os Ministros de Estado, os Membros dos Tribunais Superiores, os dos Tribunais de Contas da União e os Chefes de Missões Diplomáticas. A Corte Suprema também será competente quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do STF, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância⁹³.

No que se refere à competência recursal, nos tribunais inferiores (TJ e TRF), no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal caberá recurso ordinário exclusivamente da decisão denegatória de *habeas corpus* decidido em única instância nas instâncias imediatamente inferiores⁹⁴.

⁹¹ Art. 105, I “c” da CF/88.

⁹² Art. 102, I “d” da CF/88.

⁹³ Art. 102, I “i” da CF/88.

⁹⁴ Art. 102, II “a” (STF) art. 105, II, “a” (STJ), art. 108, II, (TRFs)

7. PRODUÇÃO E EXAME DE PROVAS EM HABEAS CORPUS.

Na doutrina, é assente o entendimento de que no *habeas corpus* não se discute e não se produz prova⁹⁵ quanto à matéria de fato⁹⁶, necessitando de provas pré-constituída, sendo certo que o seu procedimento segue um rito sumaríssimo que não prevê fase instrutória.

Nesse sentido, há incontáveis julgados recentes no Supremo Tribunal Federal:

(...) impossível o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, o que, como se sabe, não é possível nesta estreita via do *habeas corpus*, instrumento que exige a demonstração do direito alegado de plano e que não admite dilação probatória. Precedentes.. (HC 118349, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 06-05-2014 PUBLIC 07-05-2014)

Na mesma linha, cite-se: HC 114.650, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 14.08.13). Precedentes: RHC 115.213, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 26.06.13; RHC 114.965, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 27.06.13; HC 116.531, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 11.06.13.

Assim, existindo controvérsia fática é impossível a concessão da ordem, devendo a parte utilizar da instrução probatória do processo penal ordinário para demonstrar a ilegalidade da privação ou ameaça de privação da liberdade.

Contudo, como se pretende demonstrar na parte final deste trabalho que trata do estudo de casos, principalmente em situações que envolviam crimes do colarinho branco o Superior Tribunal de Justiça promoveu o exame aprofundado das provas dos autos. Isso aconteceu em situações cuja ameaça à liberdade de locomoção seria apenas remota e que havia severa controvérsia sobre a situação fática apreciada⁹⁷, culminando, inclusive, por anular provas de ações penais pela via estreita do *habeas corpus*, o que não parece cabível.

⁹⁵ Manifestando entendimento em sentido contrário, aceitando a dilação probatória em *habeas corpus*, cite-se: Tales Castelo Branco, Teoria e prática dos recursos criminais. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165

⁹⁶ Conforme alerta Pontes de Miranda, (1930, p. 529 apud BADARÓ (2003, p. 399) aceita-se a produção probatória da questão de direito.

⁹⁷ A título de exemplo, cite-se no STJ o HC 149.250/SP da Operação Satiagarra, em que os ministros vencidos Gilson Dipp e Laurita Vaz argumentaram, entre outras coisas, que não havia provas claras da participação de agentes da ABIN no caso, o que impediria a apreciação das questões pela via estreita do *habeas corpus*.

8. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Enquanto o texto constitucional prevê o seu cabimento genericamente para ameaça ou violação à liberdade de locomoção, o Código de Processo Penal expressa que:

Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Art. 648. A coação considerar-se-á ilegal:

I - quando não houver justa causa;

II - quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei;

III - quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo;

IV - quando houver cessado o motivo que autorizou a coação;

V - quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza;

VI - quando o processo for manifestamente nulo;

VII - quando extinta a punibilidade.”

A partir da leitura do dispositivo legal supramencionado, constata-se que o Código de Processo Penal detalha, de forma exemplificada, quais as hipóteses em que haverá ameaça ou violação à liberdade de locomoção. A interpretação do texto legal evidencia que a ação constitucional foi idealizada tão somente quando a violação a liberdade de locomoção está ocorrendo ou na iminência de acontecer.

Na mesma linha, o STF:

(...)- A ação de "habeas corpus" não se revela cabível, quando inexistente situação de dano efetivo ou de risco potencial ao "jus manendi, ambulandi, eundi ulro citroque" do paciente. Esse entendimento decorre da circunstância histórica de a Reforma Constitucional de 1926 - que importou na cessação da doutrina brasileira do "habeas corpus" - haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas. Precedentes. - Considerações em torno da formulação, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1891, da doutrina brasileira do "habeas corpus": a participação decisiva, nesse processo de construção jurisprudencial, dos Ministros PEDRO LESSA e ENÉAS GALVÃO e, também, do Advogado RUI BARBOSA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem salientado que, não havendo risco efetivo de constrição à liberdade de locomoção física, não se revela pertinente o remédio do "habeas corpus", cuja utilização supõe, necessariamente, a concreta configuração de ofensa - atual ou iminente - ao direito de ir, vir e permanecer das pessoas. Doutrina. Precedentes. Impossibilidade de a execução do Acordo de Cooperação Brasil/Rússia, presente o contexto em exame, resultar em imediata aplicação, em território brasileiro, em detrimento do paciente, de qualquer medida privativa de sua liberdade de locomoção física. (...) (HC 102041, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-03 PP-00669)

Na lição de Ada, Scarance e Gomes Filho, em obra sobre os recursos no processo penal (2001, p. 352), o *habeas corpus* deve ser denegado quando não houver interesse de agir, ou seja, “por falta da adequação” quando se tratar de direito estranho à liberdade de locomoção. Para tais hipóteses, o mais adequado seria, em tese, “o mandado de segurança, previsto na Constituição justamente para a proteção de ‘direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*.”

Caso haja necessidade dilação probatória, não caberá *habeas corpus*⁹⁸. É cabível a concessão da ordem de ofício⁹⁹ pelos magistrados competentes.

Com violação frontal ao texto legal e constitucional, como a seguir será demonstrado, a jurisprudência ampliativa vem admitindo o *habeas corpus* para diversas hipóteses distintas, nas quais inexistente sequer ameaça remota à liberdade de locomoção. Nessa linha, a título de exemplo, destacuem-se as hipóteses de aplicação do remédio constitucional inclusive para tentar trancar cooperação jurídica internacional, para impugnar o mérito de quebras de sigilo e de interceptações telefônicas.

Sobre o tema, Badaró (2009, p. 207) pontua:

Contudo, no sistema brasileiro, somando-se, de um lado, a possibilidade de utilização do *habeas corpus* mesmo nos casos de ameaça remota e, até mesmo longínqua, à liberdade de locomoção e, de outro, a ausência de um recurso específico para impugnar inúmeras decisões interlocutórias, o *habeas corpus* preventivo transformou-se numa espécie de recurso genérico contra toda e qualquer decisão interlocutória. É, por assim dizer, um agravo geral no processo penal brasileiro.

A jurisprudência do STF no sentido de que é incabível a execução provisória da pena privativa de liberdade torna ainda mais abusiva a utilização do *habeas corpus* durante o trâmite da ação penal na instância inferior. Ou seja, sendo impossível executar a pena antes do trânsito em julgado da condenação criminal, o que, nos crimes do colarinho branco é tarefa extremamente difícil e morosa, é possível advogar a tese de que o *habeas corpus* preventivo só será possível caso tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ou na hipótese excepcional de existir um decreto de prisão preventiva pendente de cumprimento. Fora dessas hipóteses, não se vislum-

⁹⁸ (...) Alegação de que o paciente não fora procurado em todos os endereços fornecidos à autoridade policial e de haver defensor constituído nos autos. Questões não submetidas ao juízo ordinário, importando sua análise indevida supressão de instância. Caso fosse possível ultrapassar essa barreira, a matéria demandaria aprofundada dilação probatória, o que é incompatível com o rito sumário do *habeas corpus*. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido. (HC 82191, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 17/12/2002, DJ 04-04-2003 PP-00066 EMENT VOL-02105-02 PP-00383)

⁹⁹ Assim, o §2º do art. 654 do CPP: "Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus*, quando no curso de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal"

bra, *a priori*, qualquer ameaça concreta à liberdade de locomoção pelos simples fato de tramitar uma investigação ou um processo criminal em face de um cidadão.

8.1. HABEAS CORPUS EM FACE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR

O texto constitucional no artigo 142, 2.º dispõe que: “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares”. Isso decorre da necessidade de preservar a hierarquia e disciplina das instituições militares, as quais não podem submeter a sua organização interna à análise do Poder Judiciário. Entretanto, o dispositivo não pode representar a vedação total do cabimento do *writ* contra punições disciplinares.

Ao interpretar esse dispositivo constitucional, a jurisprudência não admite o cabimento do *habeas corpus* para atacar o mérito da punição disciplinar no que se refere aos critérios de conveniência e oportunidade utilizados pela autoridade militar¹⁰⁰. De outra banda, será possível a utilização dessa ação constitucional para analisar a legalidade do ato. A título de exemplo, uma punição aplicada por autoridade incompetente poderá ser anulada pelo remédio constitucional.

8.2. HABEAS CORPUS EM FACE DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Compulsando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o uso do *habeas corpus* já foi aceito inclusive para impugnar cooperação jurídica internacional.

Nesse sentido:

SENTENÇA OU ATO DE JUÍZO ESTRANGEIRO [BENS [SEQUESTRO E EXPROPRIAÇÃO [EXECUÇÃO NO TERRITÓRIO BRASILEIRO [FORMALIDADE ESSENCIAL. A teor do disposto no artigo 105, inciso I, alínea [da Constituição Federal e presente o artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, ato de Juízo estrangeiro a implicar constrição deve ser examinado pelo Superior Tribunal de Justiça. Descabe apresentá-lo diretamente a Juízo Federal, objetivando o implemento. A atuação deste último, conforme o artigo 109, inciso X, da Carta da Republica, pressupõe o exequátur. (STF - HC: 105905 MS , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 11/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011)

¹⁰⁰ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA CRIMINAL. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. Não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de habeas corpus, impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito. Concessão de ordem que se pautou pela apreciação dos aspectos fáticos da medida punitiva militar, invadindo seu mérito. A punição disciplinar militar atendeu aos pressupostos de legalidade, quais sejam, a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente, tornando, portanto, incabível a apreciação do habeas corpus. Recurso conhecido e provido. (RE 338840, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 19/08/2003, DJ 12-09-2003 PP-00049 EMENT VOL-02123-03 PP-00647)

Trata-se mais um exemplo do uso desviado do remédio constitucional. A impugnação do *exequatur* da carta rogatória não representa ameaça ou violação à liberdade de locomoção. Logo, não deveria ser conhecida a ação constitucional para essa finalidade. Este precedente dita bem a tônica que o remédio constitucional vem sendo tratado na jurisprudência dos tribunais superiores.

8.3. HABEAS CORPUS PARA ATACAR COLABORAÇÃO PREMIADA

Conforme Mario Sergio Sobrinho (2009, p.47), a colaboração premiada “é o meio de prova pelo qual o investigado ou acusado, ao prestar suas declarações, coopera com a atividade investigativa, confessando crimes e indicando a atuação de terceiros envolvidos com a prática delitiva, de sorte a alterar o resultado das investigações em troca de benefícios processuais.”

Segundo o conceito do GAFISUD¹⁰¹ (“arrepentido es la persona que condenada, imputada ou investigada por um delito (...).”

Trata-se de instituto em expansão para atacar a criminalidade organizada.

A colaboração premiada está também prevista também no art. 26 da Convenção de Palermo que prevê diversos “prêmios” para o colaborador que vai desde redução da pena até a imunidade judicial conforme o § 3º do mesmo art. 26.

Mais recentemente, a lei nº 12.850/2013 definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, dedicando uma seção inteira à regulamentação do instituto da colaboração premiada. Dentre outras coisas, para o réu colaborador, restou expressamente consignado no texto legal o cabimento perdão judicial, o benefício do não oferecimento da denúncia (imunidade), além da possibilidade de redução da pena corporal aplicada, mesmo que a colaboração ocorra após a sentença condenatória.

A nova legislação estabeleceu que a colaboração premiada deve ser discutida entre o colaborador, o Ministério Público, a Polícia e o defensor, cabendo ao juiz apenas a homologação do acordo e sua aplicabilidade na sentença, preservando o sistema acusatório e a imparcialidade do magistrado.

No ordenamento jurídico brasileiro, há inúmeras previsões da colaboração premiada. Inicialmente, o próprio Código Penal previu a colaboração como causa de diminuição de pena para os crimes de extorsão mediante sequestro. Na sequência, houve ampliação da benesse na lei 9.807/98 que estendeu a todos os crimes, passando prever o perdão judicial para casos de efetividade na co-

¹⁰¹ Grupo de Atuação Financeira da América do Sul.

laboração. Outras leis especiais também cuidaram do instituto. Nesses termos, a lei de drogas (lei 11.343/2006), a lei de lavagem de dinheiro (lei 9.613/98), a nova lei de organização criminosa (lei 12.350/2013), a lei dos crimes contra o sistema financeiro (lei 7.492/86), a lei dos crimes contra a ordem econômica e tributária (lei 8.137/90) dentre outras.

No STF, no HC 90688/PR, restou decidido pela possibilidade de utilizar *habeas corpus* para assegurar o sigilo dos termos da colaboração premiada e da identidade do delator em razão do risco de vida do colaborador:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES DE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA. I - HC parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal ad quem, sob pena de supressão de instância. II - Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado. III - Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes. IV - Writ concedido em parte para esse efeito. (HC 90688, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-074 DIVULG 24-04-2008 PUBLIC 25-04-2008 EMENT VOL-02316-04 PP-00756 RTJ VOL-00205-01 PP-00263 LEXSTF v. 30, n. 358, 2008, p. 389-414)

A crítica ao referido precedente é que não parece crível a utilização de *habeas corpus* para atacar termos de colaboração premiada. Não se vislumbra risco nem mesmo remoto à liberdade de locomoção. Aqui, utiliza-se o remédio heroico como recurso inominado ou cautelar inominada, em manifesto desvio de finalidade.

8.4. HABEAS CORPUS EM FACE DA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS

O uso do *habeas corpus* para atacar a quebra de sigilo pela instância monocrática é prática recorrente e aceita nos tribunais brasileiros.

Nesses termos:

Ementa: Habeas Corpus. Afastamento dos sigilos bancário e fiscal. Medida cautelar deferida judicialmente. Regularidade. “Prova encontrada”. Licitude. Precedentes. Ordem denegada. Não se verifica, no caso, qualquer ilicitude na quebra dos sigilos bancário e fiscal do ora paciente, haja vista que tais medidas foram regularmente deferidas pela autoridade judicial competente. “É lícita a utilização de informações obtidas por intermédio de interceptação telefônica para se apurar delito diverso daquele que deu ensejo a essa diligência, (...) sendo incontestável o reconhecimento da licitude da

prova encontrada quando o fato desvelado fortuitamente se encontre entre os chamados ‘crimes de catálogo’ - isto é, entre aqueles para a investigação dos quais se permite autorizar a interceptação telefônica”, o que efetivamente é o caso dos autos (AI 761.706/SP, rel. min. Cármen Lúcia, DJE nº 161, divulgado em 26.08.2009). Ordem denegada. (HC 100524, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 24-05-2012 PUBLIC 25-05-2012)

Novamente, nessas hipóteses verifica-se uma ameaça remota contra a liberdade de locomoção dos pacientes. A quebra de sigilo de dados é matéria de mérito da prova penal que deve ser atacada por intermédio dos recursos ordinários cabíveis. Para tais insurgências, o tecnicamente correto seria utilização dos recursos ordinários, os quais possibilitam a análise dos casos em cognição exauriente, com amplo revolvimento do conjunto probatório.

8.5. UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DO RECURSO ORDINÁRIO E EXTRAORDINÁRIO.

A utilização do *habeas corpus* como substitutivo dos recursos ordinários era uma das principais formas de banalização e utilização indevida do remédio constitucional.

Isso ocorria quando o impetrante, diante da denegação da ordem nas instâncias inferiores, impetrava tão somente um novo *habeas corpus* no tribunal imediatamente superior, sem utilizar dos recursos ordinários legalmente previstos. A título de exemplo, ante a negativa do *habeas corpus* no TRF, o impetrante ingressava com uma nova ação constitucional no STJ e, posteriormente, caso a ordem não fosse concedida, apresentava novo *habeas corpus* no STF.

Além de banalizar a ação constitucional que passou a servir para qualquer insurgência, o uso do *habeas corpus* como sucedâneo de recursos não é tecnicamente adequado.

Em primeiro lugar, cria hipótese de competência recursal para os tribunais superiores não previstas na Constituição, violando o princípio da taxatividade recursal. Em seguida, subverte o sistema recursal. Isso acontece principalmente quando se usa o *writ* como sucedâneo de recursos que tem pressupostos recursais específicos que acabam não sendo cumpridos, como na hipótese dos recursos especial e extraordinário.

É nessa linha, a lição de Pacelli e Fischer (2013, p. 1377):

E mais: mesmo que se sustente a possibilidade de utilização como sucedâneo de recursos (de forma excepcional, reitere-se), não pode servir ele para subverter o sistema recursal. Explica-se. É que esse problema é marcante em se tratando da utilização do *writ* como substitutivo dos recursos de natureza extraordinária, que, como se sabe (e já visto no capítulo próprio), pos-

suem requisitos bem específicos (e cabíveis em situações muito restritas), como se vê, exemplificativamente, do prequestionamento e, no âmbito do recurso extraordinário, da demonstração da repercussão geral.

Essa prática de utilizar o *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário durante muito tempo foi tranquilamente aceita pelos tribunais superiores.

Entretanto, a banalização da utilização do *habeas corpus* acabou gerando um indesejado congestionamento nas instâncias superiores, sendo que o STJ em 2011 chegou a incrível marca de 200 mil *habeas corpus* pendentes de julgamento¹⁰². Em 2013, o número chegou a 300 mil. Entre 2005 e 2009 o número de Hcs no STJ triplicou, sendo que só em 2011 foram 36.125 impetrações da ação constitucional¹⁰³, distribuídos a 10 ministros com competência criminal.

Inicialmente, a Primeira Turma do STF passou a limitar o cabimento do *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, entendimento que posteriormente foi consolidado no STJ.

O seguinte aresto *leading case* ficou assim ementado:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

A mudança ocorreu durante o julgamento do HC nº. 109.956, quando, por maioria de votos, a Turma, acompanhando o voto do relator do processo, Ministro Marco Aurélio entendeu por não conhecer o *habeas corpus* como substitutivo de recurso ordinário. O tema já havia começado a ser discutido quando a Turma analisou uma questão preliminar no voto do relator do processo, Ministro Marco Aurélio. Em sua preliminar, o Ministro defendeu que a Turma não mais admitisse o uso do *habeas corpus* para substituir o recurso ordinário em *habeas corpus*.

Segundo o Ministro Marco Aurélio:

(...) o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último docu-

¹⁰² Nessa linha, a notícia no site do Superior Tribunal de Justiça de 29/05/2011 com o título "Número de *habeas corpus* dobra em três anos e preocupa Ministros"

¹⁰³ Disponível no site <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/114420311/em-25-anos-numero-de-habeas-corporis-no-stj-bate-em-300-mil> acessado em 20/08/2015.

mento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea “a”, e 105, inciso II, alínea “a”, tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por Tribunal Superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça. (...) o Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo habeas, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição. Fonte: STF.

Essa posição foi, posteriormente, também adotada por ambas as turmas do STJ, conforme se constata em precedentes emanados tanto da Quinta quanto da Sexta Turma:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. De acordo com o disposto no artigo 105, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, mediante recurso ordinário, os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais e pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória.

2. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea "a", da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que deve ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que seja restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. (...)Habeas corpus não conhecido." (HC 245731/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 24/09/12)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, II, CP). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (...) IX. Ordem não conhecida. (HC 248757/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Assusete Magalhães, DJe de 26/09/12)

Os seguintes julgados do STJ seguiram o mesmo entendimento: HC 218617/SP, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, Dje de 09/10/12; AgRg no HC 215306/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Dje de 04/12/12; HC 149895/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Campos

Marques, Dje de 21/11/12; HC 74023/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, Dje de 30/11/12; Hc 150148/PB, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, Dje de 26/11/12; Hc 253896/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Dje de 28/11/12.

Já no STF, houve decisão similar nos seguintes processos da Primeira Turma: HC 112342, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013; HC 120144, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014; (HC 114.519, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 12.4.2013; HC 122090, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014.

Entretanto, a reflexão sobre o cabimento do *habeas corpus* como recurso ordinário não afetou o posicionamento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que continua aceitando a impetração do *writ* como substitutivo de recurso ordinário:

O recurso é intempestivo, uma vez que o acórdão impugnado foi publicado em 28/8/2013 e o recurso foi protocolizado em 4/11/2013, fora, portanto, do prazo de cinco dias previsto no art. 310 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Contudo, em homenagem aos princípios da fungibilidade e da economia processual, bem como à firme orientação desta Turma, que admite a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, o caso é de receber este recurso como impetração originária de *habeas corpus*. (...) (RHC 120551, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 25-04-2014 PUBLIC 28-04-2014)

Na mesma linha, defendendo o cabimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso: RHC 122617, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 03/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-155 DIVULG 12-08-2014 PUBLIC 13-08-2014.

No HC n°. 112851, da mesma Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o relator, Gilmar Mendes, defendeu a utilização ampliada do *habeas corpus* afirmando que:

incomoda-me restringir seu espectro (o do HC) de tutela, observando que é cabível quando há ameaça a direito fundamental de feição judicial. Segundo ele, embora não haja, no caso hoje julgado, ameaça imediata à liberdade de ir e vir, essa ameaça ficou subjacente quando se validou um mandado de busca e apreensão sem justa causa e com violação do princípio do juiz natural. “Penso ser cabível, porque o paciente está sujeito a ato restritivo do Poder estatal”, afirmou o Ministro. O entendimento foi seguido pelos ministros Ministro Celso de Mello Ricardo Lewandowski. O Ministro Celso de Mello afirmou que não deve se dar uma interpretação restritiva ao remédio constitucional, em razão de que essa prática “compromete um dos instrumentos mais caros de amparo às liberdades individuais no país.

De forma recente, em 28/04/2015, a 2ª Turma do STF entendeu pela conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar de nove executivos de empreiteiras investigadas na Operação Lava Jato. Para isso, julgou o *habeas corpus* nº 127.186/PR impetrado contra a decisão de não conhecimento do *habeas corpus* nº 312.368/pr do STJ. Este último, por sua vez, havia sido impetrado contra a denegação da ordem no TRF da 4ª Região.

Em outros termos, foram impetrados *habeas corpus* de forma sucessiva, como substitutivo de recurso ordinário. De acordo com a interpretação literal do texto constitucional, somente seria cabível um recurso em face do *habeas corpus* decidido em única e última instância no TRF da 4ª Região, inexistindo possibilidade de recurso para o STF, que só se mostrou cabível com a impetração sucessivas de *writs*.

Os julgamentos anteriores que decidiram pelo não cabimento do *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário indicavam uma possível mudança de orientação das Cortes Superiores para promover uma racionalização da atividade jurisdicional, mormente no que se refere ao uso ampliativo do *writ*.

Contudo, para os fins de racionalização do *habeas corpus*, figuram-se paradoxais os recentes julgamentos do STJ e da mesma Primeira Turma do STF, nos quais os ministros, seguindo a orientação dominante, não conhecem o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, mas concedem a ordem de ofício. Ontologicamente, não conhecer o remédio constitucional como substitutivo de recurso ordinário e conceder a ordem de ofício é a mesma coisa que o deferimento da ordem com conhecimento do *writ*.

Naturalmente, tal prática estende o problema porque por vias transversas o remédio constitucional acaba tendo o seu mérito apreciado e todos os problemas dessa ocorrência continuam a acontecer.

Nesse sentido:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. INÉPCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. VÍCIOS NA PEÇA ACUSATÓRIA. ORDEM CONCEDIDA, EX OFFICIO, PARA ANULAR PARCIALMENTE A DENÚNCIA, SEM PREJUÍZO DE QUE OUTRA SEJA OFERECIDA COM OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL. (...) (HC 110015, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 19/03/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 10-04-2013 PUBLIC 11-04-2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. REQUISITO OBJETIVO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA. CONTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.- O delito de associação para o tráfico não possui natureza hedionda, razão pela qual não se impõe, para fins de concessão do benefício do livramento condicional, o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reformar a decisão do Juízo da Vara de Execuções Penais, não se exigindo para fins de concessão do benefício do livramento condicional o cumprimento de 2/3 (dois terços) da pena, como requisito objetivo. (HC 258.188/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 12/04/2013)

Em relação ao uso de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, não há decisões recentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre o tema¹⁰⁴, sendo que no último precedente, assentou-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA DO STF PARA PROCESSAR E JULGAR HABEAS EM ÚLTIMA INSTÂNCIA. EC Nº 22/99. Caberá Habeas Corpus perante esta Corte para assegurar o direito constitucional de ir e vir. A distinção feita por este Tribunal entre Habeas Corpus originário e Habeas Corpus substitutivo tem a ver, única e exclusivamente, com o exame da competência para processar e julgar o pedido. O uso alternativo de um ou de outro, ainda que permitido, não pode implicar em livre escolha do juízo por parte do impetrante, fraudando a competência recursal atribuída pela Constituição ao STJ (CF, art. 105, II, a) e a competência originária deste Tribunal (CF, art. 102, I, i), na redação original. Tratando-se de Habeas Corpus, exaurido o seu exame pelo STJ, resta ao impetrante, como última instância, valer-se do STF para o julgamento final do pedido, em que se alega o constrangimento de sua liberdade. A Emenda Constitucional nº 22, de 1999, não suprimiu a possibilidade de o Impetrante chegar ao STF. Reconhecida a competência deste Tribunal para conhecer e examinar o presente WRIT. (HC 78897 QO, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/1999, DJ 20-02-2004 PP-00016 EMENT VOL-02140-03 PP-00502 RTJ VOL 00192-02 PP-00695)

Assim, a utilização dos *habeas corpus* como substitutivo do recurso ordinário segue sendo uma das principais causas da vulgarização da ação constitucional como medida utilizada para ata-

¹⁰⁴ Isso ocorre pelo fato de que o Regimento Interno do STF prevê que a competência para julgamento da maioria dos recursos em *habeas corpus* é das Turmas.

car qualquer matéria mesmo estranha à liberdade de locomoção. Nessa seara, a recente orientação do STF de vedar esse tipo de utilização é louvável para os fins de adequar o remédio constitucional às suas finalidades. De outra parte, para obter efetividade nesse objetivo é imprescindível o não conhecimento da matéria tratada no *writ*, limitando a concessão da ordem de ofício nessas hipóteses.

8.7. HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL.

A Revisão Criminal se trata de ação autônoma de impugnação cabível somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Tem previsão expressa no art. 621¹⁰⁵ do CPP que expressa suas hipóteses de cabimento.

Comumente o *habeas corpus* vinha sendo usado como substitutivo de revisão criminal, com a finalidade de examinar matérias relacionadas ao mérito da demanda penal após o seu trânsito em julgado. Essa prática vem sendo afastada pelo entendimento mais recente dos tribunais superiores.

Nessa linha:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. DESCABIMENTO. (...)1. Os Tribunais Superiores restringiram o uso do habeas corpus e não mais o admitem como substitutivo de outros recursos e nem sequer para as revisões criminais. (...) (STJ - HC: 153557 AM 2009/0222623-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 07/08/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2014)

Assim, de forma acertada, atualmente, não vem se admitindo a utilização do habeas corpus como substitutivo da revisão criminal.

8.8. OUTRAS HIPÓTESES DE USO ABUSIVO DO HABEAS CORPUS.

Para incrementar a pesquisa, colacionam-se algumas hipóteses abusivas de impetração ou mesmo de concessão do *habeas corpus*. Grande parte delas é fruto do trabalho de pesquisa disponibilizado pelo Procurador Regional da República Vladimir Aras.

Nesse contexto, registre-se a impetração de *habeas corpus*:

1) para preservar o direito à imagem do acusado que não autorizou a colocação de sua foto no corpo da denúncia oferecida pelo MPDFT alegando violação à dignidade da pessoa humana (STJ, 6ª Turma, [HC 88.448/DF](#), rel. Og Fernandes, j. em 6/05/2010);

¹⁰⁵ Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I- quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II- quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

2) para anular ordem de sequestro de bens (STJ, 6ª Turma, [RESP 865.163/CE](#), rel. Og Fernandes, j. 2/06/2011). Foi concedido;

3) para anular confisco de bens de um brasileiro condenado no Paraguai por ter roubado US 11 milhões de uma empresa de transporte de valores em 2000 (STF, 1ª Turma, [HC 105.905/MS](#), rel. Marco Aurélio, j. 11/10/2011). Teve a ordem concedida sob o fundamento de descumprimento do devido processo legal de cooperação penal internacional passiva;

4) contra decisão que reconheceu o conflito de teses defensivas de coautores feito pela Justiça Militar do Estado de São Paulo (STJ, 6ª Turma, [HC 113.433/SP](#), rel. Maria Thereza de Assis Moura, j. 21/06/2011). A ordem foi negada pela 6ª Turma do STJ;

5) visando a não realização de exame de sanidade mental de servidor público que não queria se submeter ao teste psiquiátrico em procedimento administrativo disciplinar (STJ, 1ª Turma, [HC 170366/PE](#), rel. Teori Albino Zavascki, decisão monocrática, d. 08/08/2011). Não foi conhecido;

6) para assegurar direito de visita de filhos de detento que estavam impedidos de ingressar no presídio porque o juiz da execução, em nome da doutrina da proteção integral, entendeu que a presença dos menores no presídio não seria adequada para os seus desenvolvimentos. O STF concedeu a ordem com a seguinte fundamentação: “É cabível *habeas corpus* para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito.” (STF, 2ª Turma, [HC 107.701/RS](#), rel. Gilmar Mendes, j. 13/09/2011);

7) contra o processo digital. (STJ, 5ª Turma, [AgRg no HC 215.050/AC](#), Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 6/9/2011). O TJ/AC instituiu o processo eletrônico e deu prazo para os órgãos se adequarem. A Defensoria Pública considerou o prazo exíguo e impetrou um *habeas corpus*. A ordem foi negada, constando na argumentação que, consoante o princípio da lealdade processual: “está a impossibilidade de a defesa pleitear pretensões descabidas, inoportunas, tardias ou já decididas, que contribuam para o abarrotamento dos tribunais, como ocorrido na espécie”.

8) para liberação de valores bloqueados (STJ HC 293.052, relator Marco Aurelio Belize, 8/05/2014) teve a ordem concedida para beneficiar a empresa Embrasystem e BBrasil, operadoras do sistema BBom, acusadas de praticar pirâmide financeira.

Os exemplos citados demonstram de forma empírica como há vulgarização na utilização do remédio constitucional, que vem sendo utilizado de forma indiscriminada para as mais diferentes finalidades. Em que pese em algumas das hipóteses mencionadas o *habeas corpus* não foi sequer conhecido, tais exemplos ilustram bem o quadro vulgarização do remédio constitucional e, mesmo quando não conhecidos, contribuem para o assoberbamento dos tribunais.

9. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NA UTILIZAÇÃO ABSUSIVA DO HABEAS CORPUS

A partir do estudo desenvolvido, verifica-se que o desvio na utilização do *habeas corpus* afronta o princípio do devido processo legal e outros inúmeros princípios processuais dele decorrentes.

Em primeiro lugar, há afronta ao princípio do contraditório, na medida em que o Ministério Público de primeiro grau não é intimado e não se manifesta nos *habeas corpus* impetrados nos tribunais, sendo que somente a autoridade impetrada, em regra, o magistrado é intimado para prestar informações. Vale frisar que o Ministério Público nos tribunais não figura como parte, mas sim como fiscal da lei¹⁰⁶, sendo que é o membro do Ministério Público de primeiro grau de jurisdição que tem conhecimento dos fatos¹⁰⁷.

Aliás, diga-se de passagem, mesmo sendo o principal executor dos atos pelos quais a defesa se insurge no *habeas corpus*, o promotor de justiça ou o procurador da República do caso na maioria das vezes sequer fica sabendo da existência da impetração de *habeas corpus* nos tribunais, não tendo sequer a chance de manifestação.

O mais adequado seria que o membro do Ministério Público de primeiro grau de jurisdição fosse intimado de todos os *habeas corpus* impetrados contra a investigação para que, querendo, habilite-se como interessado e apresente manifestação.

Em segundo lugar, tem-se que o princípio da paridade das armas também é afrontado. Isso porque a decisão concessiva de *habeas corpus* é irrecorrível pelas vias ordinárias, enquanto a denegatória admite a interposição de recurso ordinário. Em outras palavras, uma vez concedida a ordem de *habeas corpus*, o Ministério Público fica engessado, restando apenas a difícil via dos recursos extraordinários, enquanto a defesa, caso não consiga a ordem, pode ter reapreciada a mesma tese jurídica na instância superior por meio de recurso ordinário ou mesmo *habeas corpus* substitutivo.

Além disso, as peças que instruem o *habeas corpus* são juntadas exclusivamente pela defesa, o que pode possibilitar a juntada seletiva de peças processuais.

¹⁰⁶ Aliás, diga-se de passagem, em recente precedente no caso da Operação *Satiagharra*, o subprocurador geral da república Eduardo Antonio Dantas Nobre apresentou parecer pela nulidade das provas em dimensão superior à requisitada pela própria defesa, o que evidencia que nesses casos a acusação fica enfraquecida.

¹⁰⁷ Como salientado, há um projeto de lei de autoria do Senador Randolpho Alves que modifica o Código de Processo Penal, determinando que o promotor de primeiro grau de jurisdição deve ser intimado para prestar informações em *habeas corpus* impetrado nos tribunais.

Sobre o tema, uma nota pública de repúdio à decisão do STJ no Caso Sundow assinada pelos procuradores da república Deltan Martinazzo Dallagnol e Orlando Martello Junior¹⁰⁸:

Em relação ao habeas corpus, prevenindo qualquer compreensão equívoca do que ora se sustenta, certo é que é essencial à defesa direta da liberdade e nesse sentido deve ser amplamente admitido. Contudo, tem sido manejado para defesa de teses jurídicas que apenas indiretamente atingem o direito de locomoção, sem facultar à outra parte – o Ministério Público – igualdade de condições para reforma da decisão. Um simples exemplo: em cada linha de HC impetrados da primeira à última instância, o que pode ser reiterado habilmente inúmeras vezes por cada réu, abrem-se pelo menos sete chances de vitória ao réu e, uma vez vencido pela defesa em determinado Tribunal, não existe para o Ministério Público nenhum recurso eficiente para reforma da decisão. No caso específico do HC concedido ontem no Caso Sundown, não há recurso a ser interposto pelo Ministério Público, quando a defesa, se perdesse, poderia manejar novo HC com semelhante teor perante o STF, fato que manifesta uma disparidade de armas.

O abuso no *habeas corpus* também ocasiona a supressão de instâncias, pois permite que um tribunal superior analise uma questão que sequer foi apreciada pelo tribunal inferior. Em que pese a súmula nº 691 do STF vede a interposição de *habeas corpus* em face de decisão denegatória do *writ* na instância inferior, verifica-se que esse entendimento vem sendo relativizado com fundamentos abertos como “decisão teratológica” dentre outras coisas¹⁰⁹. A questão da supressão de instâncias é agravada quando a ação penal ainda tramita no primeiro grau de jurisdição, hipótese em que o *writ* que pugna pela nulidade de provas do processo pode para impedir o juiz de proferir sentença.

Desse modo, o atual modelo de utilização do *habeas corpus* viola diversos princípios constitucionais ligados ao devido processo legal, mormente pela ausência de regulamentação legal sobre a adequada participação do promotor de justiça de primeiro grau de jurisdição, como também pela falta de autocontrole dos Tribunais Superiores ao utilizarem de termos de fundamentação genéricos para superar o óbice da súmula nº 691 do STF.

¹⁰⁸ Disponível no site http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf acesso no dia 11 de abril de 2013.

¹⁰⁹ A súmula nº 691 começou a ser relativizada em 2005 pelo então Ministro Cezar Peluso da Primeira Turma do STF em favor do trancamento da ação penal proposta em face do publicitário Roberto Justus. Posteriormente, voltou a ser afastada na decisão do caso Paulo Maluf, com a concessão de liminar pelo ministro Marco Aurélio. Vale frisar que o exemplo interessante de supressão de instâncias por meio de habeas corpus será analisado no estudo de caso da operação Satiagraha, quando o paciente, para atacar a ordem de prisão do juiz federal de primeiro grau de jurisdição, impetrou habeas corpus repressivo diretamente no STF, tendo a ordem sido deferida.

PARTE 3- ESTUDO DE CASOS – O HABEAS CORPUS COMO FATOR DE EXPRESSÃO DA SELETIVIDADE PENAL NOS CRIMES DO COLARINHO BRANCO

A fim de conferir uma abordagem prática ao estudo, serão explorados alguns casos de crimes de colarinho branco que tiveram repercussão no país na última década e que acabaram com o mesmo destino: anulação de provas por vícios formais na investigação mediante utilização do *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, mesmo sem existir réus presos ou mesmo ameaça concreta à liberdade de locomoção dos pacientes.

Compulsando-se a análise dos precedentes que a seguir serão colacionados, sem adentrar nos méritos das decisões judiciais, tem-se que em boa parte dos casos a decretação de nulidade recaiu nas provas obtidas mediante a decretação de medidas invasivas, como quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico.

À luz do direito comparado, constata-se que a jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana não adentra nos critérios utilizados pelas instâncias inferiores para decisões que determinam quebras de sigilo bancário e fiscal por exemplo. Assim, o *standard* de revisão dos tribunais americanos é diferente do brasileiro. Enquanto naqueles não se permite a revisão do que o juiz de primeiro grau de jurisdição considera como causa provável para decretação de medidas invasivas, neste a fundamentação do magistrado *a quo* é reanalisada à exaustão, dando margem à anulação de provas por conceitos abertos como “decisão de quebra de sigilo não suficientemente fundamentada.”

Em suma, no Brasil, pode-se dizer que caso um desembargador ou ministro não concorde com determinado critério utilizado por um juiz de primeiro grau de jurisdição para uma decisão judicial poderá usar esse argumento para invalidar toda a prova, ainda que a decisão do juiz guarde razoabilidade.

Já nos Estados Unidos, a decisão de quebra de sigilo decretada pelo magistrado sentenciante só é revista quando extrapola a própria função jurisdicional do magistrado. Em outros termos, caso exista uma decisão judicial de primeiro grau de jurisdição que considere determinado elemento como causa provável para a decretação de quebra de sigilo, as Cortes Superiores conferem deferência à determinação.

Essa postura traduz maior segurança jurídica e maior valorização do juízo de primeiro grau de jurisdição, pois os critérios de decisão judicial para decretação de medidas evasivas não são reexaminados pelos tribunais. Como salientado com precisão por Dallagnol (2015, p. 3), é necessário confiar e respeitar o juiz monocrático, conferindo a ele um mínimo de discricionariedade para a decisão do que considera “causa provável”:

A *prova suficiente* para tais cautelares é chamada, nos Estados Unidos, de *causa provável* (*probable cause*), expressão que tomaremos emprestada para designar, também, o grau de exigência brasileiro para tais cautelares.¹¹⁰ O *terceiro* aspecto é o *standard de revisão* aplicado por tribunais na avaliação de decisões judiciais de instâncias inferiores que reputaram existente causa provável, bem como as consequências, sobre a prova colhida, do acórdão do tribunal que derruba a decisão inferior – por reputar, por exemplo, insuficiente a prova que inclui informações de Informante Confidencial ou Informante Anônimo.

O tema trazido à mesa merece estudo porque ele é um exemplo de assunto em que a experiência jurídica americana pode enriquecer o sistema de justiça criminal brasileiro.

(...)

Mentes razoáveis podem discordar razoavelmente em relação à suficiência de causa provável ou suspeita razoável. Um standard de revisão que reconheça alguma discricionariedade para o juiz, ao invés do dualismo “lícito” e “ilícito”, portanto, parece apropriado. Como o standard de prova não é uma matéria de lei formal no Brasil, e não existe um sistema de vinculação a precedentes (*stare decisis*), essa mudança poderia ser estabelecida por meio de inovação em decisões judiciais.

Assim, a possibilidade de infinitos reexames do que o magistrado de primeiro grau de jurisdição considerou como prova suficiente para decretação de medidas que restringem direitos fundamentais dos investigados é um dos principais fatores que gera a insegurança jurídica no processo penal brasileiro.

Também será possível verificar que os precedentes que serão a seguir analisados desconsideraram a ponderação de valores para invalidação de provas, ignorando a complexidade das investigações de crimes do colarinho branco e a gravidade dos fatos apurados. Em recente entrevista, o

¹¹⁰ Ainda sobre o tema, prossegue Dallagnol (2015, p. 3): “No Brasil a prova suficiente para tais cautelares é designada, pelo Código de Processo Penal, de *indícios*, aqui no sentido de *indícios de prova* ou começo de prova. Cumpre aqui fazer relevante distinção entre *prova por indícios* e *indícios de prova*, na linha do que é modernamente reconhecido no Brasil e em outros países em que tal confusão imperava, como na Espanha. “Prova por indícios” é a prova indireta, que hoje, como amplamente reconhecido, pode ser suficiente para a condenação criminal, isto é, para satisfazer o standard probatório de *certeza moral ou jurídica*, mais felizmente formulado no direito anglo-saxão como *prova para além da dúvida razoável*. Por outro lado, a expressão “indícios de prova” diz respeito a um standard probatório próprio de decisões de cognição não exauriente. É um princípio ou começo de prova, localizado, usualmente, abaixo do standard do processo civil de preponderância de evidência. O nível de convicção exigido pelos *indícios de prova* pode não ser fixo, mas variar segundo o grau de constrição do patrimônio ou liberdade acarretado por cada tipo de medida para a qual o Código exige a presença de indícios. Sobre a apontada distinção, veja-se, por exemplo: MENDONÇA, Andrey Borges de. *Do processo e julgamento*. In: CARLI, Carla Veríssimo de (org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 501-503. MENDONÇA cita, reconhecendo a diferenciação, os RE 287.658 e HC 83.542/PE, julgados pelo Supremo Tribunal Federal. Abordamos esse tema também em livro sobre prova e prova indireta, em fase de edição.”

ex-ministro do STJ, Gilson Dipp¹¹¹, chegou a manifestar preocupação com essas anulações, enfatizando que deve ser considerado que tais operações: “envolvem técnicas de investigação muito complexas. Os tribunais superiores não têm essa experiência e sensibilidade. Qualquer mácula, uma interceptação telefônica além do prazo, uma operação que nasceu numa denúncia anônima, provocava a nulidade.”

Em certa medida, é defensável que os casos a seguir analisados violam o princípio da proporcionalidade. Primeiramente, por admitir anulação de ações penais inteiras envolvendo gravíssimos crimes que desviaram milhões de reais em recursos públicos por máculas aparentemente insignificantes. A dois, pelo fato de que, mesmo que houvesse ilegalidade, o que se admite somente para argumentar, poderia se invocar o princípio da proporcionalidade para admissão de provas ilícitas.

Aliás, no direito comparado, o princípio da proporcionalidade é utilizado como fundamento na admissão de provas ilícitas no processo penal de forma excepcional nos Estados Unidos, na Alemanha e na França. Sobre o tema, Eugênio Pacelli (2009, p. 360) menciona:

No que mais de perto nos interessa, porém, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado pela jurisprudência da Alemanha e de alguns países da Europa para fins de permitir, sempre excepcionalmente, o aproveitamento de provas obtidas ilicitamente.

Para se ter uma ideia, a questão da proporcionalidade assume dimensões até mesmo de positividade expressa, isto é, de aplicação fundada em lei, como ocorre na França e na Inglaterra, onde as provas obtidas ilicitamente são utilizadas no processo, punindo-se, porém, os responsáveis pela sua produção. (...) De outro lado, o Direito norte-americano, de onde, aliás, importamos a vedação constitucional de admissibilidade de provas ilícitas, apesar da reconhecida tecnologia de provas ali existentes, também admite, excepcionalmente, as provas ilícitas, com base em um critério de razoabilidade.

Além disso, em matéria de decretação de nulidades, deve-se lembrar do princípio da instrumentalidade, o qual tem como corolário no processo penal o princípio da *pas de nullité sans grief* expresso no Código de Processo Penal nos arts. 563 e 566¹¹² pelo qual não há nulidade sem pre-

¹¹¹ Folha de S. Paulo do dia 6/10/2014- Delação na operação Lava Jato é exemplo para juízes disponível no site <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1528514-delacao-na-operacao-lavajato-e-exemplo-para-juizes.shtml> acessado em 7/10/2014.

¹¹² Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa. Art. 566. Não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa. Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho explica que "em matéria de nulidade, e para simplificar o rigorismo formal, foi adotado o princípio do *pas de nullité sans grief*. Não há nulidade sem prejuízo. Para que o ato seja declarado nulo é preciso haja, entre a sua imperfeição ou atipicidade e o prejuízo às partes, um nexó efetivo e concreto. Se, a despeito de imperfeito, o ato atingiu o seu fim, sem acarretar-lhes prejuízo, não há cuidar-se de nulidade" (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, Vol. 3. Editora Saraiva, 17ª edição, p. 115).

juízo. Em outras palavras, não haverá decretação da nulidade de um ato processual sem decretação de prejuízo¹¹³.

Hodiernamente, no processo penal (ditado pela doutrina majoritária e pela complacência dos nossos tribunais) pratica-se exatamente o oposto do proclamado pela doutrina da instrumentalidade do processo (o processo como instrumento de se entregar o direito material, e não como óbice à sua entrega). Daí a necessidade de "reapropriação" do enfoque, denunciando, no processo penal, os óbices que referida doutrina já apontara, na crítica que fizera aos rumos do processo civil.

Na jurisprudência do STJ relativa aos casos objeto de estudo nessa parte do trabalho, constata-se que os princípios da instrumentalidade e do prejuízo são desconsiderados, pois a nulidade de provas foi declarada sem a indicação concreta do dano causado à defesa pela prática do ato.

De resto, constata-se que as decisões que a seguir serão exploradas se relacionam à anulação de provas da ação penal por supostos vícios do inquérito policial. Como será exposto, seguindo o entendimento dominante da doutrina, a tendência do STJ é de que vícios no procedimento inquisitivo não tem o condão de invalidar provas da ação penal. Entretanto, nos quatro casos analisados, a nulidade decorreu de uma possível desconformidade da fase investigatória.

Esse fato foi lembrado pelo voto vencido da ministra do STJ Laurita Vaz, durante o julgamento do HC 149.250/SP que invalidou as provas da Operação Satiagraha mencionando que “nos termos da remansosa e pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, bastante conhecida de todos, vencida a fase investigatória pré-processual, eventuais irregularidades não contaminam a ação penal instaurada.”

Não suficiente, o *habeas corpus* nesses casos foi utilizado para valorar prematuramente provas da ação penal em cognição exauriente, violando o juiz natural e suprimindo instâncias, sem nenhuma ameaça real à liberdade de locomoção dos pacientes. Ainda, caso fosse verificada alguma ilegalidade no curso da ação penal, a medida mais adequada por meio do *habeas corpus* seria a suspensão de qualquer decreto prisional até a análise de prova pelas instâncias competentes.

Esse tema não passou despercebido pelo juiz federal convocado José Paulo Baltazar Junior ao negar liminar no HC nº 5002376-94.2015.404.0000/PR decorrente da operação Lavajato em 27 de janeiro de 2015. No caso, o impetrante visava impugnar por *habeas corpus* a decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição que negou o pedido da defesa de ampliação do prazo para apresentar

¹¹³ Em obra sobre o tema de nulidades do processo, Antônio Cabral (2009, p. 51-52) aborda a importância do princípio da instrumentalidade: “o maior princípio, aquele de maior importância na teoria das nulidades, sem sombra de dúvida, é o princípio da instrumentalidade das formas. Segundo esta máxima, os atos processuais não serão pronunciados nulos por atipicidade formal se, mesmo praticados de outra maneira, atingirem seus objetivos.

resposta à acusação. Nessa hipótese, fica evidenciada a utilização desviada do *writ* como verdadeiro agravo inominado do processo penal:

A rigor, o remédio heróico destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, mas sempre quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Como aponta a jurisprudência deste Tribunal, 'as questões relativas à produção de prova são, em regra, afetas ao Juízo de primeiro grau, sendo que eventual alegação de cerceamento de defesa deve ser arguida em preliminar de apelo, à vista da sentença' (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 0000537-56.2014.404.0000, 7ª TURMA, Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, POR UNANIMIDADE, D.E. 12/06/2014, PUBLICAÇÃO EM 13/06/2014).

A Jurisprudência majoritária, em especial da Corte Constitucional, indica que, mesmo nos casos de nulidade absoluta, não se há de reconhecê-la quando não comprovado o prejuízo efetivo. Pois bem, a simples impetração para suspensão ou interferência em ato sequer praticado já dá a nítida compreensão de que, neste momento, inexistente prejuízo comprovado.

Eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova ou do trâmite processual poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, de modo que não se caracteriza, de momento, flagrante constrangimento ilegal capaz de autorizar a interferência do juízo recursal. Não está em pauta, pois, o cerceamento da liberdade do paciente, tampouco o risco de que isto venha a ocorrer. Tampouco é caso de trancamento da ação penal, mostrando-se questionável o uso do writ com a finalidade buscada na inicial.

O mesmo entendimento foi aceito pela 8ª Turma do TRF 4, pelas Quinta e Sexta Turmas do STJ e pelas Primeira e Segunda Turmas do STF:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A impetração de habeas corpus destina-se a corrigir eventual ilegalidade praticada no curso do processo, sobretudo quando houver risco ao direito de ir e vir do investigado ou réu. Significa dizer que o seu manejo, a fim de discutir questões processuais, deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa. 2. **Eventual discussão a respeito de quaisquer vícios materiais e formais da prova poderá ter lugar no curso da própria ação penal ou mesmo em sede recursal, não restando demonstrado flagrante constrangimento ilegal capaz de provocar a suspensão dos atos processuais.** 3. Não conhecida da impetração da ordem de habeas corpus e julgado prejudicado o pedido liminar. (grifo nosso) (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5030376-41.2014.404.0000, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 22/01/2015)

E não se presta o habeas corpus para o "exame da veracidade do suporte probatório que embasou o decreto de prisão preventiva. Isso porque, além de demandar o reexame de fatos, é suficiente para o juízo cautelar a veros-

similhança das alegações, e não o juízo de certeza, próprio da sentença condenatória”(STF, RHC 123.812, Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 23/09/2014).

“A negativa de autoria do delito não é aferível na via do writ, cuja análise se encontra reservada aos processos de conhecimento, nos quais a dilação probatória tem espaço garantido” (STF, HC 122.409/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, HC 114.616/BA, Rel. Ministro Teori Zavascki, Segunda Turma julgado em 03/09/2013; STJ, HC 286.219/PE, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 18/12/2014, HC 278.456/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014

É de teor semelhante a opinião do Desembargador Federal Fausto de Santics¹¹⁴ (2014):

O *habeas corpus* é um remédio constitucional da mais alta valia. É consagrado em vários países como um direito a uma agressão institucional indevida. **No exterior, é usado em hipóteses concretas de abuso do direito de réus presos. No Brasil, porém, ganhou uma extensão tal que, hoje, esse remédio pode ser utilizado contra toda e qualquer decisão judicial, estando o réu solto ou não, convolvando esse instituto em verdadeira fraude ao devido processo legal.** Isso ocorre porque muitas vezes o *habeas corpus* na verdade visa retirar do juiz natural o caso, quando não evitar que seja prolatada uma sentença. É o que denomino de “doutrina brasileira do Habeas Corpus”, assim como “doutrina brasileira do princípio da não culpabilidade, da algema, dos recursos sem sentido, da pena branda ao crime econômico, da tentativa de evitar a publicidade da decisão judicial, da prerrogativa do foro, do não sigilo de inquéritos em que a investigação ainda esteja em curso etc. (grifo nosso)

Superadas essas considerações introdutórias, deve-se salientar que esse esforço prático é de fundamental importância para ilustrar a principal tese defendida no presente estudo: o uso abusivo do *habeas corpus* como fator de expressão da seletividade penal nos crimes do colarinho branco.

Os casos analisados foram escolhidos por sua relevância. Todos envolveram grandes esquemas de corrupção nas mais elevadas esferas do Poder Político no país, sendo certo que sua anulação por razões jurídicas pouco consistentes afrontaram o interesse público de elucidação desses graves crimes. Nessa conjectura, a nulidade de provas passou a ser muitas vezes a única tese defensiva de diversas situações envolvendo crimes do colarinho branco, nas quais o abundante conjunto probatório impossibilitou qualquer discussão de matérias de mérito.

¹¹⁴ Revista Eletrônica Conjur, dia 14 de dezembro de 2014 disponível no site <http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/entrevista-fausto-sanctis-desembargador-trf-regiao> acessado em 28/01/2015.

1. CASO SATIAGRAHA

A Operação *Satiagraha* foi deflagrada pela Polícia Federal em 8 de julho de 2008. Tratou-se de uma investigação em face de uma suposta quadrilha que praticava crimes financeiros, corrupção e lavagem de dinheiro.

As apurações iniciais começaram em 2004 após a Operação Chacal que investigava movimentações no mercado brasileiro de telecomunicações, em especial a possível contratação pelo Grupo Opportunity de espionagem privada da empresa americana Krol para investigar a concorrente Telecom Italia. A fase seguinte da investigação durou dois anos e, quando deflagrada, prendeu Daniel Dantas, dono do grupo Opportunity, o ex-prefeito de São Paulo Celso Pitta, e o investidor Naji Nahas, acusado de ser o responsável pela quebra da bolsa do Rio em 1989, dentre outros.

Segundo a Polícia Federal, as investigações mostraram a existência de uma “grande organização criminosa” que seria comandada por Daniel Dantas e especializada em desvio de verbas públicas e crimes financeiros. As verbas públicas desviadas estariam relacionadas ao esquema do “Mensalão”, pois durante a CPI dos Correios teria sido demonstrada a conexão entre as atividades do grupo Opportunity com os desvios do “Mensalão”. Descobriu-se que as empresas Telemig e a Amazônia Celular, de propriedade de Dantas, estariam entre as principais depositantes nas contas de Marcos Valério, operador financeiro do esquema.

Foi apontada ainda a existência de um segundo grupo liderado por Pitta e Nahas, que agia junto com o primeiro e era formado por empresários e doleiros do mercado financeiro. Por meio de fraudes e informações privilegiadas, o dinheiro obtido em negócios escusos era lavado.

Pouco tempo antes da deflagração da operação, no dia 18 de junho de 2008, um emissário de Dantas chegou a oferecer e entregar R\$ 500.000,00 como pagamento de propina para os Delegados Federais Protógenes Queiroz e Victor Hugo Rodrigues Alves Pereira que, numa ação controlada autorizada pela Justiça Federal, fingiram aceitar suborno para “livrar” Dantas e a sua família das investigações da Satiagraha. Tudo foi documentado mediante gravação dos delegados que se passaram por agentes corruptos, levando imediatamente o dinheiro do suborno para a sede da Justiça Federal em São Paulo.

Esse valor corresponderia à primeira parcela do pagamento da vantagem indevida prometida, que no total seria de R\$ 1 milhão, sendo certo que no dia em que a Satiagraha foi deflagrada foi apreendido R\$ 1.2280.000,00 (um milhão, duzentos e oitenta mil reais) em espécie na casa do professor universitário Hugo Chicaroni, emissário de Daniel Dantas. Parte desse valor se destinava ao pagamento do restante do suborno dos agentes.

A operação *Satiagraha* foi objeto de livro do escritor e jornalista Rubens Valente. Durante o livro, o autor cita alguns bastidores da anulação da operação.

O caso *Satiagraha* é um exemplo emblemático das influências extrajurídicas na utilização abusiva de *habeas corpus*.

Em primeiro lugar, pela concessão de duas liminares em *habeas corpus* repressivos¹¹⁵ em face das decisões de prisões cautelares do juiz de primeiro grau de jurisdição diretamente pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em tempo recorde¹¹⁶, com violação ao juiz natural do caso, que seria o TRF 3, bem como contrariando a própria súmula nº 691 do STF¹¹⁷.

Em segundo lugar, como a seguir será demonstrado, pela anulação das provas da ação penal mediante a utilização do *habeas corpus* preventivo no STJ em razão de um único argumento: participação não autorizada de agentes de ABIN durante o inquérito policial.

Tudo começou quando em 4 de julho de 2008 o juiz Fausto de Sanctis expediu o mandado de prisão temporária em face de Daniel Valente Dantas e outros investigados citando a lei 7.960/89, que trata das hipóteses de prisão temporária. Na fundamentação ficou assente que as prisões seriam “imprescindíveis” para as investigações do inquérito policial, como também para evitar troca de informação entre os investigados, “permitir a audiência imediata dos investigados, para que seja possível confrontar com a prova já produzida e a ser obtida com a medida de busca e apreensão e evitar a destruição de provas e arquivos virtuais (Valente, 2013, p. 294)”.

Sobre Dantas, o magistrado expressou que ele: “com absoluta certeza de sua impunidade diligentemente exercia seu poder de mando sobre os demais investigados sem adoção de ações visíveis, porquanto seu nome não consta de muitas empresas investigadas”.

O então investigado Daniel Dantas foi preso no dia 8 de julho de 2008 pela manhã em sua casa.

No dia 9 de julho de 2008, pouco mais de 24 horas após o cumprimento do mandado de prisão, Daniel Dantas obteve uma decisão monocrática liminar em *habeas corpus* preventivo convertido em repressivo pelo então presidente do STF, Min. Gilmar Mendes.

Primeiramente, o Min. Mendes relativizou o óbice da súmula nº 691 (que veda a concessão de liminar contra denegatória de liminar de outros tribunais) nos seguintes termos:

¹¹⁵ HCs nº 95009 e HC nº 95317 do STF

¹¹⁶ As duas liminares saíram em aproximadamente 24 horas.

¹¹⁷ Súmula 691 “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”

Abre-se, portanto, a esta Corte, a via para o deferimento da medida liminar reparadora do estado de constrangimento ilegal causado pelas decisões das instâncias inferiores, ainda que essas tenham sido proferidas monocraticamente (não conhecimento da causa ou indeferimento de liminar, casos em que se possibilita o afastamento da Súmula n. 691 do STF). Logo, vislumbro patente situação de constrangimento ilegal apta a afastar a aplicação da Súmula n. 691/STF para admitir o cabimento deste pedido, nos termos dos precedentes firmados por esta Corte (cf. HC n. 85.463/RJ, Rel. Carlos Brito, 1ª Turma, unânime, DJ de 10.2.2006; HC no 84.345/PR, Rel. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, unânime, DJ de 24.3.2006; e HC no 87.353/ES, de minha relatoria, 2ª Turma, unânime, julgado em 7.11.2006)

Ao conceder a liminar, Gilmar Mendes decidiu que “a fundamentação utilizada pelo decreto de prisão temporária- indubitavelmente a espécie mais agressiva de prisão cautelar- não é suficiente para justificar a restrição à liberdade dos pacientes”, sendo que o juiz de primeiro grau de jurisdição teria “cometido uma patente violação aos direitos individuais dos pacientes”.

A legalidade da prisão de Daniel Dantas deveria ser apreciada inicialmente pelo TRF da 3ª Região, que seria o juiz natural para apreciar o decreto de prisão preventiva determinado por um juiz de primeiro grau de jurisdição.

Nesses termos, a Ministra Ellen Gracie havia assentado:

Falece competência ao Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* contra ato de juiz de 1º grau, sob pena de supressão de instância, em completo desvirtuamento do ordenamento jurídico brasileiro em tema relativo à competência dos órgãos do Poder Judiciário, notadamente da Suprema Corte.’ (HC 93.462/DF, 2ª Turma, julgado de 10.6.2008)

Entretanto, o *habeas corpus* de Daniel Dantas foi analisado diretamente pelo Ministro Gilmar Mendes sob o fundamento de que o investigado Daniel Dantas já havia impetrado um *habeas corpus* preventivo com pedido de acesso aos autos da investigação que havia sido negado anteriormente no TRF da 3ª Região, no STJ e no próprio STF pelo Min. Eros Grau. Aliás, Eros Grau era o relator original do processo de Dantas, sendo que o Min. Gilmar Mendes apreciou a matéria no recesso judiciário de julho na condição de Presidente do STF.

Com base na existência de *habeas corpus* preventivo já impetrado no STF, a defesa requereu simplesmente a conversão do *habeas corpus* preventivo em repressivo, o que foi aceito. Ocorre que houve conversão do *habeas corpus* preventivo em repressivo sem que o pedido originário de acesso aos autos da investigação sequer fosse apreciado pelas instâncias inferiores.

Além disso, o *habeas corpus* preventivo impetrado por Dantas para ter acesso aos autos da investigação tinha causa de pedir e pedido totalmente estranhos à causa de pedir e ao pedido mane-

jado no *habeas corpus* repressivo, o que induziria a perda de seu objeto quando houve a deflagração da operação, impossibilitando o seu conhecimento diretamente no STF.

Logo após Dantas ser colocado em liberdade, o juiz federal Fausto de Sanctis, atendendo um pedido de reconsideração da autoridade policial (inicialmente o pedido de decretação da segregação cautelar preventiva havia sido negado), com base em novas provas obtidas na diligência de busca e apreensão, decretou a prisão preventiva de Daniel Dantas fundamentando na conveniência da instrução criminal, a pretexto de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública e econômica.

Inicialmente, sustentou que Dantas poderia tumultuar as investigações, tendo em conta que tentou corromper os delegados da Polícia Federal Protógenes Queiroz e Victor Hugo Rodrigues. Argumentou que na residência de Hugo Chicaroni (emissário de Dantas) foi encontrado o valor de R\$ 1.280.000,00 (um milhão, duzentos e oitenta mil reais) em espécie, que seria entregue aos delegados como suborno, tratando-se de prova nova do suborno.

Além disso, o magistrado mencionou que a diligência de busca e apreensão na casa de Chicaroni obteve incontáveis documentos que ligavam o Grupo Oportunity à corrupção de agentes públicos. Nesse ponto, registra Valente (2013, p. 299):

o papel intitulado “Contribuições ao Partido” registra que 3 milhões foram pagos por intermédio de “Rubens” em outubro de 2002 para a “Campanha de Fernando à Presidência”. No ano de 2004, 20 milhões foram pagos pelo trio “Pedro/Eduardo/Dudu” como “despesas de campanha de Leticia.

O juiz federal Fausto de Sanctis expediu o decreto de prisão preventiva no dia 10/07/2008. Na fundamentação assentou: “O requerido detém significativo poder econômico e possui contatos com o exterior. (...) Ficou claro que coragem e condições para tumultuar a persecução penal não faltam ao representado.”

Em menos de 24 horas, no dia 11 de julho de 2008, Gilmar Mendes concedeu outra liminar determinando a soltura de Daniel Dantas. Dessa vez, na nova decisão de soltura, o Ministro assentou:

- a) os mesmos fundamentos que permitiram o conhecimento do pedido de afastamento da prisão temporária nestes autos também permitem conhecer do pleito de revogação da prisão preventiva;
- b) a fundamentação utilizada pelo Juiz Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo, Dr. Fausto Martin de Sanctis, não é suficiente para justificar a restrição à liberdade do paciente;
- c) para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constitutivo da liberdade especifique, de modo fundamentado (CF, art. 93, IX), elementos concretos que justifiquem a medida;

- d) não há fatos novos de relevância suficiente a permitir a nova ordem de prisão expedida;
- e) o encarceramento do paciente revela nítida via oblíqua de desrespeitar a decisão deste Supremo Tribunal Federal anteriormente expedida’

Sobre o depoimento de Chicaroni que mencionava que tentou corromper delegados federais a pedido do Grupo Opportunity, chefiado por Dantas, utilizado como fundamento da preventiva, Mendes pontuou: “que essa menção não é suficiente a justificar a conclusão de que o paciente teria envolvimento direto no suposto delito.”

A celeridade da concessão das duas liminares chama à atenção. Segundo recente estudo publicado pela FGV do Rio de Janeiro¹¹⁸, o tempo médio de concessão de liminares em habeas corpus no Supremo Tribunal Federal é de 27 (vinte e sete) dias. Mais especificamente no que se refere ao Ministro Gilmar Mendes, o tempo médio de apreciação de provimentos sumários é de 37 (trinta e sete) dias. No caso Dantas, este período não ultrapassou um dia.

A liminar de Mendes foi posteriormente confirmada pelo Plenário. De início, aceitou-se que veiculação de notícia em jornal de grande circulação era suficiente para impetração do *habeas corpus* preventivo. Excepcionou-se a limitação da súmula 691 do STF sob a justificativa que se tratava de um caso “premente necessidade de concessão do provimento cautelar e que a negativa de liminar pelo tribunal superior importa na caracterização de situações manifestamente contrário do entendimento do STF.”

No que se refere à prisão, decidiu-se que os requisitos para a prisão temporária não estavam presentes, pois “todas as providências cautelares destinadas à colheita de provas” já tinham sido realizada.

Na mesma linha, entendeu-se que a prisão preventiva era incabível. Invocou-se para tanto o princípio da presunção de inocência e o argumento que de a decisão que decretou as prisões não utilizou de fundamentação concreta. Em relação aos papéis obtidos na busca e apreensão que constavam nomes de políticos com valores de possíveis “doações”, considerou-se que se tratavam apenas de escritos apócrifos, que se reportavam a circunstâncias remotas, “dissociadas do contexto atual”.

Quanto aos requisitos da preventiva, o STF julgou que uma vez “autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, torna-se desnecessária a prisão preventiva do paciente por conveniência da instrução penal.” Aduziu-se também que a situação econômica favorável do paciente não poderia ser considerada como motivo de segregação cautelar para assegurar a aplica-

¹¹⁸ Relatório o Supremo em números. FGV/RJ, 2014 disponível in http://ec2-54-94-169-90.sa-east-1.compute.amazonaws.com/iii-relatorio/Relatorio%20Supremo%20III_FIM.pdf acessado em 27/09/2014.

ção da lei penal e para garantia da ordem econômica, sob pena de quebra do princípio da isonomia. No que se relaciona à garantia da ordem pública, a Corte decidiu que a decisão judicial se fundamentou em meras suposições de que o paciente poderia voltar a delinquir.

Com base nesses fundamentos, julgou que a prisão preventiva no caso tratado aproximava-se de uma antecipação de pena, e confirmou a liminar anteriormente obtida para manter o paciente em liberdade (HC 95009, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640).

O investigado Daniel Dantas chegou a ser condenado em 2/12/2008 a dez anos de prisão pelo crime de corrupção ativa¹¹⁹.

Posteriormente, os advogados de Dantas ingressaram com *habeas corpus* preventivo no STJ para pleitear a anulação de uma sessão do TRF da 3ª Região que decidiu contrariamente à anulação das provas da *Satiagraha*.

Contudo, no julgamento, o voto do relator no STJ, Desembargador Convocado, Adilson Macabu¹²⁰, em maior extensão do que o requerido pela defesa foi no sentido da anulação de todas as provas da operação *Satiagraha* pela existência da participação não autorizada de agentes de ABIN na investigação.

Esse fato não passou despercebido durante o julgamento no voto proferido pela Ministra Laurita Vaz: “Eles queriam tão somente a nulidade dos procedimentos acima proferidos. Nem mesmo os impetrantes vislumbraram, a princípio, a nulidade da ação penal. Não foi trazido a debate pelos impetrantes”.

¹¹⁹ De acordo com notícia da uol de 2/12/2008 sob o título de Daniel Dantas é condenado a dez anos de prisão; defesa pede anulação:

O juiz Fausto Martin de Sanctis, da 6ª Vara Federal Criminal de São Paulo, condenou nesta terça (2) o banqueiro Daniel Dantas, sócio-fundador do Grupo Opportunity, a dez anos de prisão em regime fechado por corrupção ativa, por tentativa de suborno a um delegado durante a Operação Satiagraha, da Polícia Federal.

Dantas responde a processo por supostamente ter oferecido propina de US\$ 1 milhão a um delegado da PF para que o nome dele fosse retirado do caso. O advogado do banqueiro, Nélcio Machado, afirmou em nota que [o processo é "nulo"](#) e que o juiz é "suspeito". Ele já apresentou recurso pedindo a anulação do julgamento.

De acordo com a sentença de 312 páginas, também foram condenados a sete anos e um mês cada um, em regime semi-aberto, o assessor de Dantas, ex-presidente da Brasil Telecom Humberto Braz, e o professor universitário Hugo Chicaroni. Eles teriam negociado a propina. Não foi determinada a prisão dos réus, que será possível apenas quando o processo transitar em julgado (fase em que não cabe mais recurso). O juiz também aplicou multa por danos causados à sociedade, segundo ele, "para reparar o que lhe foi confiscado: a dignidade". Dantas terá de pagar R\$ 12 milhões, Chicaroni, R\$ 494 mil, e Humberto Braz, R\$ 1,5 milhão. A quantia será revertida a entidades beneficentes a serem designadas pelo juízo de execução. (...)

¹²⁰ Segundo Valente (2012, p. 443): “Ao ler nos jornais sobre o voto de Macabu (anulando toda a operação), o delegado Protógenes peticionou no HC para pedir suspeição do juiz. Apontou que o filho do ministro trabalhava como advogado no escritório de Sergio Bermudes, no Rio. Para o delegado, havia “nítida existência de amizade íntima e interesse no julgamento”. Após analisar o pedido do delegado, a quem chamou de “aético, parcial, agressivo, desarrazoado e anti jurídico”, Macabu não se declarou impedido. “Não sou amigo íntimo nem inimigo capital de quaisquer das partes, nem sequer as conheço pessoalmente”. O juiz disse que é “ fato público e notório que o escritório de advocacia Sergio Bermudes nunca advogou para o paciente Daniel Dantas, pessoa física, mas para o Opportunity, em causas cíveis, e isto, há mais de cinco anos, entre 2001 e 2005”.

Na sessão do julgamento, após o voto do relator, Macabu, pela anulação de todas as provas da operação, o Ministro Gilson Dipp pediu vista. Ao apresentar o seu voto, Dipp entendeu pela manutenção da operação sob o argumento que a ABIN não exerceu atividades de polícia judiciária, fundamentação já utilizada no parecer do subprocurador geral da república Wagner Gonçalves, como também sustentando que a via estreita do *habeas corpus* não era apta para apreciar tal matéria.

Segundo o Ministro Gilson Dipp a ordem deveria ser indeferida: "tanto por inviável a discussão do tema nesta via como por inexistência de elementos de certeza para a conclusão pretendida pelos impetrantes." Logo após Dipp votar, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho¹²¹ votou e, em pouco mais de um parágrafo, entendeu pela anulação total da operação porque restou comprovada a participação de agentes de ABIN.

A Ministra Laurita Vaz foi a próxima a votar e entendeu pelo indeferimento da ordem. Como argumento principal, manifestou que não havia como proceder ao exame aprofundado de provas nos termos expostos pelo relator, argumentando que o pedido da defesa sequer abrangia tal exame. Ressaltou que o juiz ao prestar informações afirmou categoricamente que, em relação ao crime de corrupção ativa, ali objeto de impugnação no *habeas corpus*, não houve nenhuma participação de agentes da ABIN.

Laurita lembrou ainda que “nos termos da remansosa e pacífica jurisprudência das Cortes Superiores, bastante conhecida de todos, vencida a fase investigatória pré-processual, eventuais irregularidades – que podem ser apuradas de forma absolutamente separada, em esferas pertinentes – não contaminam a ação penal instaurada.”

Sobre a participação de agentes da ABIN, a Ministra Laurita ressaltou:

Mesmo que se admita que houve a participação, tal participação não estaria bem delineada, não esclarecida de que forma, finalidade, grau de tarefas. (...) Haveria, sem dúvida, a necessidade de um exame aprofundado dos fatos e provas para se aferir os exatos contornos dessas investigações e seus personagens.

¹²¹ O ministro Napoleão recentemente concedeu a liminar que suspendeu o julgamento do TJ DF da apelação em que José Arruda pedia a revisão da sentença que lhe condenou em primeira instância por improbidade administrativa. Entre outras coisas, Arruda foi condenado pelo envolvimento no esquema do Mensalão do DEM, na câmara distrital do Distrito Federal quando ainda era governador do DF. A decisão foi tomada em 24/06/2014, pouco antes do registro da candidatura de Arruda e lhe permitiria ser elegível pois suspendia a decisão colegiada condenatória, livrando-o da inelegibilidade da lei do ficha limpa.

O julgamento só ocorreu em 9 de julho de 2014, após decisão do Min. Joaquim Barbosa, suspendendo a decisão de Napoleão. Pouco tempo depois, foi divulgado um vídeo em que Arruda dizia ter 90% de certeza que conseguiria uma decisão favoravelmente no STJ, e que estava trabalhando no voto dos ministros do TSE e do STJ. Na conversa, Arruda chegou a mencionar que pediu ajuda do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso para influenciar junto ao Ministro Gilmar Mendes, do TSE, que, de fato, votou favoravelmente a Arruda.

O desempate coube ao ministro Jorge Mussi, que entendeu por acompanhar o relator, anulando todas as provas da operação.

A anulação restou assim ementada:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SATI-AGRAHA.

PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDIVIDUALMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE.

UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS.

ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL.

1. Uma análise detida dos 11 (onze) volumes que compõem o HC demonstra que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, cabalmente, a participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado responsável pela chefia da Operação Satiagraha.

2. Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99.

3. Vivemos em um Estado Democrático de Direito, no qual, como nos ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover, in "Nulidades no Processo Penal", "o direito à prova está limitado, na medida em que constitui as garantias do contraditório e da ampla defesa, de sorte que o seu exercício não pode ultrapassar os limites da lei e, sobretudo, da Constituição." 4. No caso em exa-

me, é inquestionável o prejuízo acarretado pelas investigações realizadas em desconformidade com as normas legais, e não convalidam, sob qualquer ângulo que seja analisada a questão, porquanto é manifesta a nulidade das diligências perpetradas pelos agentes da ABIN e um ex-agente do SNI, ao arrepio da lei.

5. Insta assinalar, por oportuno, que o juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito.

6. Portanto, inexistem dúvidas de que tais provas estão irremediavelmente maculadas, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam destituídas de qualquer eficácia jurídica, consoante entendimento já cristalizado pela doutrina pacífica e lastreado na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais.

7. Pelo exposto, **concedo a ordem para anular, todas as provas produzidas**, em especial a dos procedimentos nº 2007.61.81.010208-7 (monitoramento telefônico), nº 2007.61.81.011419-3 (monitoramento telefônico), e nº 2008.61.81.008291-3 (ação controlada), e dos demais correlatos, anulando também, desde o início, a ação penal, na mesma esteira do bem elaborado parecer exarado pela douda Procuradoria da República.

(HC 149.250/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 05/09/2011)

Veja-se que mesmo o julgado tendo se limitado genericamente a afirmar que em um dado momento da investigação houve a participação não autorizada de agentes da ABIN, não especificou que provas tais agentes teriam produzido. Da mesma forma genérica, anulou todas as provas da operação, independentemente daquelas em que não houve a “suposta” participação dos agentes de inteligência.

Assim, o principal fundamento utilizado para anulação de toda a operação é de que a participação de agentes da ABIN durante o inquérito policial contaminaria toda a ação penal. Tal fundamento é juridicamente criticável.

A um, como pontuado pela Ministra Laurita Vaz, por ser pacífico na doutrina e jurisprudência que as possíveis ilegalidades do inquérito policial não contaminam a ação penal.

Nesse sentido, o próprio STJ:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME DE LESÕES CORPORAIS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPRESTABILIDADE DO RECONHECIMENTO FEITO EM SEDE INQUISITORIAL. INVOCADA NULIDADE QUE NÃO ALCANÇA A FASE JUDICIAL. - É entendimento dominante neste Superior Tribunal de Justiça que eventual

nulidade do inquérito policial não contamina a ação penal superveniente, vez que aquele é mera peça informativa, produzida sem o crivo do contraditório. - Inviável o trancamento da ação penal sob a alegação de que o reconhecimento feito pela Autoridade Policial, na fase do inquérito policial, estaria eivado de vício a ponto de nulificar o processo ab initio, de vez que tal providência ensejaria dilação probatória, incompatível na via estreita do writ. - Recurso ordinário desprovido. (HC 13691 SP 2002/0156195-6, Relator: Ministro VICENTE LEAL, Data de Julgamento: 17/02/2003, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 17.03.2003 p. 288)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. NULIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL SUPOSTAMENTE OBTIDA SOB TORTURA. **VÍCIOS NA FASE INVESTIGATÓRIA. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Com o recebimento da denúncia em desfavor do paciente, restou prejudicado o exame da alegação da nulidade que estaria a contaminar o inquérito policial, porque eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a sua natureza inquisitiva, não contaminam, necessariamente, o processo criminal, consoante a iterativa jurisprudência deste Sodalício.**
(...) (grifo nosso)
(HC 233.118/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. INVESTIGAÇÕES LEVADAS A EFEITO PELA POLÍCIA MILITAR. EVENTUAIS VÍCIOS NA FASE POLICIAL QUE NÃO CONTAMINAM O PROCESSO-CRIME.(...)
VI. A remansosa jurisprudência desta Corte reconhece que eventuais nulidades ocorridas na fase policial não têm o condão de tornar nula a ação penal, pois aquele procedimento resulta em peça informativa e não probatória, podendo ser até mesmo ser dispensado, caso o Parquet, titular da ação penal, entenda já dispor de indícios de materialidade e autoria do delito bastante para o oferecimento da denúncia. (...) (grifo nosso)_(HC 185.758/SC, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 09/04/2012)

Veja-se que nos julgados acima a única diferenciação prática existente recaía na situação econômica dos réus e nos crimes denunciados.

Enquanto o HC nº 149.250/SP envolvia a prática de corrupção e lavagem de dinheiro para abastecimento de agentes políticos por parte de diretores do grupo comandado por Daniel Dantas, o HC 233.118/SP cuidava de um paciente acusado do crime de latrocínio, cuja defesa foi patrocinada

pela defensoria pública¹²²; o HC 185.758 analisava a situação de uma pessoa acusada do crime de tráfico de drogas e; o HC 13691 tratava de um caso de lesões corporais.

A dois, pelo fato de que a lei da ABIN permite o compartilhamento de informações entre os órgãos de inteligência¹²³. Inclusive, no direito comparado, registre-se que, como lembra Valente (2013, p. 442), houve o caso em que o poderoso chefe da Camorra Napolitana, Paolo di Lauro, foi preso em 2005 com a ajuda sigilosa do Sisde, responsável pelo serviço secreto na Itália.

Esse argumento ficou assente na decisão do TRF 3 que, por unanimidade, indeferiu o *habeas corpus* impetrado por banqueiro Daniel Dantas:

HABEAS CORPUS" - PENAL E PROCESSO PENAL - PARTICIPAÇÃO DE SERVIDORES DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) EM INQUÉRITO CONDUZIDO PELA POLÍCIA FEDERAL - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA - LEI 9.883/99 QUE PERMITE COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA - NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL NÃO CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL - ORDEM DENEGADA. 1. Os impetrantes não instruíram o "writ" com elementos de prova suficientes para que esta Corte, neste passo, emita juízo de valor sobre a participação, ou não, de servidores vinculados à Agência Brasileira de Informação (ABIN) nos procedimentos investigatórios, relacionados com a denominada "Operação Satiagraha". E mesmo que, por hipótese, se prestassem a permitir uma conclusão positiva, tais documentos não esclarecem em que medida se deu essa participação, a ponto de autorizar, já neste momento, um exame da sua legalidade. 2. A autoridade impetrada nega a participação de agentes da ABIN na persecução penal nº 2008.61.81.008291-3, amparando-se, inclusive, em declaração da própria autoridade policial que presidiu as investigações que culminaram na denúncia formulada pelo Ministério Público Federal. À míngua de quaisquer outros elementos de convicção, robustos o suficiente para provar o contrário, é medida de rigor prestigiar as informações apresentadas pela autoridade impetrada, pois é aquela que se encontra em contato mais direto com os fatos. 3. No que diz respeito aos demais procedimentos investigatórios verifica-se que, em relação a eles, também não foram apresentados a esta Corte, elementos de convicção suficientes o bastante para que seja avaliada a participação e eventual ilegalidade dessa atividade, por parte dos agentes da ABIN. A impetração não indica um único fato específico, concreto, no qual houve a participação de agentes da ABIN. As informações prestadas pela autoridade impetrada indicam que, se houve participação de agentes da ABIN nos demais procedimentos investigatórios que integram a operação em apreço, esta deu-se de forma secundária, incapaz de justificar qualquer alegação de nulidade de prova, especialmente porque

¹²²Fonte consulta ao site do STJ disponível no endereço: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=23967942&num_registro=201200270965&data=20120905&tipo=5&formato=PDF acessado em 14/01/2015.

¹²³Art. 4º (...) Parágrafo único. Os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência fornecerão à ABIN, nos termos e condições a serem aprovados mediante ato presidencial, para fins de integração, dados e conhecimentos específicos relacionados com a defesa das instituições e dos interesses nacionais

ausente demonstração concreta de prejuízo, conforme se viu do trecho das informações já transcritas nesta decisão. Há que se ter em mente que é premissa básica do processo penal a regra segundo a qual não se declara nenhuma nulidade sem a demonstração do prejuízo. O artigo 563 do Código de Processo Penal é firme nesse sentido. 4. Não há prova acerca de um prejuízo concreto experimentado pelo paciente, pelo fato de servidores da Agência Brasileira de Informação, hipoteticamente, terem conhecido do conteúdo de conversas telefônicas interceptadas. É certo que esse fato pode até vir a gerar a responsabilização funcional daquela autoridade que eventualmente violou o seu dever de sigilo, contudo, tal violação, não possui o condão de macular a prova como um todo. **5. A Lei 9.883/99 - que instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência - indica a possibilidade de órgãos componentes do aludido sistema, compartilharem informações e dados relativos a situações nas quais haja interesse do estado brasileiro. Tanto a Polícia Federal como a ABIN, integram o Sistema Brasileiro de Inteligência, como se infere dos incisos III e IV do artigo 4º do Decreto nº 4.376/02, que regulamenta a Lei 9.883/99. (...)**8. Ordem denegada. (HC 00441653520084030000, JUIZ CONVOCADO HELIO NOGUEIRA, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 2 DATA:26/03/2009) PÁGINA: 2199 ..FONTE_ REPUBLICACAO

Não suficiente, a Polícia Federal não possui exclusividade na investigação de crimes. Outros órgãos como COAF, Receita Federal, sindicâncias de processos administrativos disciplinares e o próprio Ministério Público também investigam, e nem por isso acarretam a nulidade de ações penais.

Agregue-se a isso que outras operações da Polícia Federal contaram com a participação da ABIN¹²⁴.

Finalmente, verifica-se a total inaptidão do habeas corpus para discussão de fatos. No caso em voga, existia acirrada controvérsia fática a respeito da existência ou não de provas da participação de agentes de ABIN. Nessa hipótese, o caminho juridicamente mais adequado, seria expor e discutir a tese de nulidade por meio dos recursos ordinários de mérito, estes, sim, aptos a analisar a matéria fática e probatória com toda a profundidade.

O contrário, instituir o Superior Tribunal de Justiça como uma terceira instância recursal ordinária, apta a reexaminar qualquer matéria fática probatória, sem vinculação à sua competência constitucional de zelar pela higidez da legislação infraconstitucional, parece que extravasa a própria organização do Poder Judiciário brasileiro.

¹²⁴ Esse fato é registrado pelo jornalista Rubens Valente (2013, p. 232): “ a parceria decolou, em março, não houve dúvidas na Abin sobre a legalidade do ato. Havia uma ordem direta de Lacerda (chefe da Abin), e a Abin já havia participado de outras ações da PF, como a que retirou garimpeiros da área ianomâni, em Roraima, e a investigação sobre o furto de computadores da Petrobras. Tendo dirigido a PF por cinco anos, Lacerda também sabia que a parceria da polícia com outras áreas de inteligência do governo Lula era um fato banal. Praticamente toda grande operação desencadeada pela PF teve a participação de servidores da área de “inteligência” de outros órgãos, como a Receita Federal, o BACEN, o Coaf, o Ibama e a CGU.”

Em relação à anulação da operação *Satiagraha* em um trecho da gravação da conversa em que Hugo Sergio Chicaroni¹²⁵, emissário de Dantas, tenta corromper os delegados de Polícia Federal, fica expressa a possível influência de Dantas nos tribunais superiores.

Protógenes: Por falar em Supremo, dá para saber a posição do Daniel? Dizem que ele está preocupado é com a “polícia.”

Chicaronni: - ah não, não. Em princípio ele se preocupa com o hoje. Com hoje. Lá para cima, o que vai acontecer lá para trás, ele não está nem aí.

Protógenes – Está tudo controlado.

Chicaroni – Resolve. Lógico. Ele resolve. STJ e STF resolve. O cara tem um trânsito político ferrado. No TRF ele ainda perturba, depende de onde cair.

Nesse ponto, é válido mencionar a crítica do jornalista Rubens Valente (2012, p. 445)

O sonho de toda pessoa condenada na Justiça por um ilícito é receber a notícia de que todas as provas contra ela, todas as interceptações telefônicas, todos os depoimentos incriminadores, enfim, todo o processo foi anulado, zerado, fulminado por uma mão dividida. Seria como entrar imundo num lava a jato e sair limpo do outro lado. Naquele 7 de junho de 2011, foi o que ocorreu com Daniel Dantas. As muitas horas de gravações sobre o suborno (do delegado federal), a apreensão do dinheiro na casa de Chicaroni (assessor de Dantas), os relatórios do Banco Central, os depoimentos de doleiros sobre o Opportunity Fund, as operações de mútuo entre as empresas ligadas ao Opportunity, ou seja, toda e qualquer evidência coletada durante a *Satiagraha* foi, pelas mãos de três ministros do STJ, incinerada.

Da decisão do STJ de anulação das provas da Operação *Satiagraha*, em março de 2012, a Procuradoria Geral da República interpôs recurso extraordinário para o STF que foi admitido e, atualmente, aguarda julgamento junto aos outros milhares de recursos que esperam definição na Corte Suprema.

Por fim, no dia 20/10/2014, o STF proferiu a única sentença definitiva da Operação *Satiagraha*, condenando o próprio delegado federal Protógenes Queiroz a perda do cargo por vazamento de informações da operação para a imprensa¹²⁶. Pouco tempo depois, em 16 de dezembro de 2014, a Operação Chacal (que deu início a *Satiagraha*) também foi anulada pela Segunda Turma do STF

¹²⁵ De acordo com Protógenes, Chicaroni também “havia lhe prometido um cargo em comissão no governo e uma viagem a Dubai” (VALENTE, 2013, p. 22).

¹²⁶ Portal G 1 de 21/10/2014, STF condena Protógenes por vazar informações na Operação *Satiagraha*. Para ministros, ex-delegado violou sigilo funcional; defesa vê perseguição. Ele terá que prestar serviço comunitário e não poderá ter cargo público. Disponível no site <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/10/stf-condena-protogenes-por-vazar-informacoes-na-operacao-satiagraha.html>

por meio de *habeas corpus* nº 106.566, sob o fundamento de que o mandado de busca e apreensão só autorizava buscas no 28º andar da sede do Grupo Opportunity, enquanto a Polícia Federal também fez buscas no terceiro andar do prédio.

Em 20/05/2015, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça condenou a Procuradora Regional da República Janice Ascari a oito meses de prisão por ter publicado comentários contra o juiz federal Ali Mazloum, incumbido de apurar os vazamentos relacionados a Satiagraha sustentando que o magistrado almejava “exorbitar suas funções” e “blindar e apartar os verdadeiros criminosos e denegrir a imagem dos investigadores”.

2. CASO CASTELO DE AREIA

A Operação Castelo de Areia foi deflagrada no dia 25/03/2009 pela Polícia Federal (PF) e atingiu executivos da empreiteira Camargo Corrêa. Foram propostas duas denúncias.

Segundo a primeira acusação do Ministério Público Federal, o grupo criminoso subornava agentes públicos para fraudar licitações, construindo obras públicas superfaturadas, seguidas da remessa de recursos para o exterior. A acusação envolvia os crimes de corrupção, crimes financeiros, formação de quadrilha, fraude à licitação e lavagem de dinheiro.

Já a outra peça acusatória imputava os crimes de formação de cartel, fraude à licitação e quadrilha, especificamente, no caso do Metrô de Salvador, obra iniciada em 1999 e jamais concluída¹²⁷.

Segundo o Delegado Federal Alberto Iegas havia: “fortes indícios de que a empresa utilizava-se de *offshores* e do sistema de dólar cabo para remessas de quantias para o exterior.”

Foram presas dez pessoas. Quatro delas, eram os executivos da empreiteira Camargo Correa Fernando Dias Gomes, Dárcio Brunato, Pietro Francisco Bianchi e Raggi Badra Neto. Também foram detidas duas secretárias da diretoria Marisa Iaquino e Darcy Flores Alvarenga, além dos doleiros Jose Diney Mattos, Jadair Fernandes de Almeida, Maristela Brunet e Kurt Paul Pickel. Este último, um suíço naturalizado brasileiro, foi indicado como sendo o grande operador financeiro do esquema. Foi estimada uma evasão de R\$ 20 milhões.

O principal delegado que atuou na operação Otávio Russo, lotado na DELEFIN de SP foi o responsável pelo relatório final. Ao término da investigação, entendeu-se que foram comprovados efetivamente os fatos criminosos. Durante as diligências, houve apreensão de vários fax similares com envio de valores, por intermédio de *offshores* ao exterior (Estados Unidos, Suíça, Andorra),

¹²⁷ Em setembro de 2013, a obra inacabada do Metro de Salvador foi objeto de reportagem no Programa CQC da Rede Bandeirantes <https://www.youtube.com/watch?v=m4NeayLaqxM>.

além de operações de dólar cabo com a utilização do doleiro Kurt Pickel, que operava para bancos estrangeiros e empresários no Brasil. Em todas elas havia suspeita de formação de cartel e de corrupção, envolvendo, basicamente, as mesmas empresas ligadas ao cartel do Metrô de Salvador, como Camargo Correia, Oderbrecht, Mendes Junior, Andrade Gutierrez, que posteriormente “ressurgiriam” na Operação Lavajato.

No relatório final da Polícia Federal constou que: “diretores da Camargo Corrêa responsáveis por obras e/ou diretores da Holding negociam propinas com agentes públicos visando algum favorecimento em obras específicas, ou oferecem recursos a agentes políticos visando o favorecimento em obras atuais ou futuras.” Durante a operação foi apreendida uma planilha com mais de dezesseis obras públicas suspeitas de corrupção, como as Refinarias da Petrobras em Pernambuco e no Paraná, o Aeroporto de Vitória e o Metro de Salvador.

A partir dos documentos apreendidos na investigação, verificou-se a existência de diversos políticos como destinatários de doações do “Caixa 2” da construtora Camargo Correa. Entre eles, estavam: Michel Temer, citado 21 vezes¹²⁸; José Roberto Arruda que teria recebido 637,6 mil dólares ilegalmente para sua campanha em 1998 (embora ele alegue não se lembrar de doações da Camargo Correa para a sua campanha¹²⁹); Gilberto Kassab e Elton Zacarias, também teriam recebido um milhão de reais para facilitar a liberação de um terreno na capital paulista que interessava à construtora¹³⁰; Ademar Palocci, irmão de Antonio Palocci e diretor de planejamento da Eletronorte, teria recebido propina devido a um aditivo obtido na construção de eclusas de Tucuruí¹³¹.

Uma outra ex-autoridade identificada foi Marcio Thomaz Bastos, que foi Ministro da Justiça e era advogado da própria Camargo Correa. Ele foi mencionado pelo então colaborador Marco Antonio Cursini¹³², como tendo efetuado, por intermédio de dólar cabo, diversas remessas clandestinas de dólares ao exterior, no período dos fatos.

¹²⁸ Operação Castelo de Areia: Temer aparece em lista de empreiteira - Último Segundo / Economia - IG. Página visitada em 2 de Abril de 2013.

¹²⁹ Brasil - NOTÍCIAS - Castelo de Areia atinge Arruda e secretário de Kassab. Página visitada em 2 de Abril de 2010.

¹³⁰ Brasil - NOTÍCIAS - Castelo de Areia atinge Arruda e secretário de Kassab. Página visitada em 2 de Abril de 2013.

¹³¹ Irmão de Palocci citado em relatório disponível no site http://www.clicrbs.com.br/paidcontent/jsp/login.jsp?site=409&url=http%3A%2F%2Fwww.clicrbs.com.br%2Fzerohora%2Fjsp%2Fdefault2.jsp%3Fuf%3D1%26local%3D1%26source%3Da2742834.xml%26template%3D3898.dwt%26edition%3D13684%26section%3D1007&previousurl=http%3A%2F%2Fzerohora.clicrbs.com.br%2Fzerohora%2Fjsp%2Fdefault.jsp%3Fuf%3D1%26local%3D1%26section%3Dcapa_online Página visitada em 2 de Abril de 2010.

¹³² Notícia “A vida dupla de Marcio Thomaz Bastos”, disponível no site <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/657/A-vida-dupla-do-Doutor-Marcio-Thomaz-Bastos.htm>

Além disso, as provas carreadas ao inquérito policial demonstraram que a Camargo Correa doou sem qualquer contabilização R\$ 4 milhões de reais a candidatos e partidos políticos na eleição de 2006¹³³.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça anulou as provas da ação penal sob a fundamentação de que a existência de investigação iniciada por denúncia anônima seria ilícita.

Cuidou-se do julgamento conjunto de dois *habeas corpus* preventivos. Primeiramente, o *habeas corpus* n.º 137.349/SP, impetrado em 27/5/2009 em favor de Kurt Pickel em face do indeferimento do pedido liminar pleiteado pela defesa no Tribunal Regional Federal 3ª Região, tendo como autoridade coatora a Desembargadora Federal relatora do HC nº 2009.03.00.014446-1, a qual negou o pedido liminar pleiteado pelo impetrante nos seguintes fundamentos:

A concessão de liminar em *habeas corpus* é medida de caráter excepcional, possível somente quando restar evidenciado, de plano, o alegado constrangimento ilegal, ou seja, quando presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Diante disso, ainda que com ressalvas, nosso ordenamento jurídico admite a denúncia anônima, desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes à deflagração de procedimento de investigação. Verifico, dentro desse contexto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico, na verdade, cingiu-se aos dados telefônicos, o que não se confunde com a inviolabilidade das comunicações havidas por telefone.

Destaco que a decisão é expressa no sentido de determinar que as empresas operadoras de telefonia forneçam senhas para possibilitar aos agentes federais o acesso aos seus bancos de dados e à obtenção dos dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários.

Oportuno salientar, ainda, que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, como querem fazer crer os impetrantes.

Com efeito, colho dos autos que, além da denúncia anônima, o procedimento de interceptação telefônica também está lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal.

Ademais, consoante informado pelo magistrado impetrado, os elementos indiciários foram igualmente obtidos por meio do compartilhamento de informações constantes na “Operação Downtown”, em trâmite perante o Juízo Federal da 2ª Vara Criminal de São Paulo-SP.

Doutra parte, entendo não haver qualquer nulidade por não ter sido feita a degravação integral das conversas telefônicas interceptadas, pois a transcrição total das conversas, em muitos casos, acabaria por inviabilizar a investi-

¹³³ http://oglobo.globo.com/pais/noblat/post.asp?t=construtora-douu-4-mi-sem-recibo-em-2006-diz-pf&cod_Post=260026&a=111 acesso em 19 de abril de 2013.

gação, podendo, inclusive, prejudicar a sua celeridade, conforme entendimento proclamado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal:

(...)

No que tange às prorrogações, as decisões estão suficientemente motivadas, sendo certo que o Colendo STF, em decisão recente, já decidiu pela sua possibilidade (Inquérito nº 2424/RJ) desde que devidamente fundamentadas e necessárias, conforme consta no Informativo nº 529 (período de 17 a 21 de novembro de 2008).

Por fim, as traduções dos diálogos feitos em idioma estrangeiro pelos policiais federais, a princípio, não se revestem de nulidade, considerando que os mesmo conhecem o idioma e estão capacitados para tal, mormente por se trata de feito em que o sigilo deve ser resguardado.

Com esteio no expendido, dentro do exame prévio, não verifico qualquer mácula no processo que determine de plano o sobrestamento do feito originário, razão pela qual a liminar pleiteada fica indeferida.

No STJ, inicialmente o pedido liminar foi negado sob o fundamento de que a súmula nº 691 do STF impediria a concessão de liminar em *habeas corpus* atacando decisões liminares de tribunais inferiores.

Posteriormente, houve julgamento de mérito do HC no TRF da 3ª Região nos seguintes termos:

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. FUNDAMENTOS. DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. INFORMAÇÕES. CREDIBILIDADE. NECESSIDADE DE APURAÇÃO. DEVER FUNCIONAL DA AUTORIDADE. NECESSIDADE DE AGIR COM CAUTELA E DISCRICÃO. MEDIDAS CONSTRITIVAS. MÍNIMO RAZOÁVEL DE INDÍCIOS DE ATIVIDADE CRIMINOSA. LEI nº 9.296/96. ARTIGO 2º. INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DEVEM SER SALVAGUARDADAS. ACESSO AOS AUTOS FEITOS CONDUZIDOS SOB SIGILO DECRETADO JUDICIALMENTE. ACESSO ASSEGURADO EM RELAÇÃO ÀS INFORMAÇÕES INTRODUZIDAS NOS AUTOS. SÚMULA VINCULANTE Nº 14 DO STF. PRINCÍPIO DA COMUNHÃO DA PROVA. ARTIGO 20 DO CPP. AÇÃO PENAL DEFLAGRADA. INEXISTÊNCIA DE RISCO DO COMPROMETIMENTO DA EFICÁCIA DAS INVESTIGAÇÕES. CONHECIMENTO DA PROVA PRODUZIDA. I - A jurisprudência tem admitido a instauração de procedimento investigatório com base unicamente em denúncia anônima desde que encerre em seu bojo informações que se revistam de credibilidade e contenham informações suficientes para que a autoridade diligencie a procedência das afirmações feitas. II - Não se trata de uma faculdade. Quando a notitia criminis trazer ao conhecimento fatos revestidos de aparente ilicitude penal, o Estado tem a obrigação de apurar a procedência das afirmações feitas por meio de investigações. III - Embora a denúncia anônima não possua, por si só, força probatória, é admitida como elemento váli-

do a desencadear as investigações necessárias ao esclarecimento de supostos crimes. IV - Na esteira do entendimento jurisprudencial perfilhado, não há ilegalidade na instauração de inquérito com base em investigações deflagradas por denúncia anônima, eis que a autoridade tem o dever de apurar a veracidade dos fatos alegados, devendo, contudo, proceder com cautela. V - Embora a denúncia anônima seja apta a ensejar a investigação dos fatos narrados, ela não tem o condão de, por si só, autorizar a adoção de medidas constritivas como a busca domiciliar, a interceptação telefônica e a quebra do sigilo de dados, para as quais se exige um mínimo razoável de indícios de atividade criminosa. VI - É esse o teor da Lei nº 9.296/96, que dispõe sobre as interceptações telefônicas, cujo artigo 2º expressamente veda a sua realização quando não houver indícios razoáveis de infração penal punida com reclusão e quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, vale dizer, meios que não se contraponham à inviolabilidade constitucionalmente assegurada, ou o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. VII - Mostra-se irrelevante a discussão a respeito da validade das medidas constritivas pois, ao contrário do sustentado pelos impetrantes, as informações prestadas pela autoridade apontada como coatora são categóricas no sentido de que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão adstritos à denúncia anônima, tendo se pautado, também, em elementos concretos, colhidos através de investigações preliminares realizadas pela Unidade de Análise e Inteligência da Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros - DELFIN que apontaram para existência de organização criminosa voltada para a prática de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e eventuais crimes de "lavagem" de valores, bem como no compartilhamento de informações constantes em ação penal diversa. VIII - Os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, estando lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal e, por meio do compartilhamento de informações constantes em ação penal diversa. IX - As investigações preliminares consistentes em diligências empreendidas para apurar a denúncia anônima não foram juntadas aos autos, a evidenciar que tanto os réus, como os seus advogados não tiveram acesso a elas. X - O procedimento investigatório não é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. É certo, também, que sempre que contrapostos, o interesse público deve ficar acima do interesse privado, sem que isso signifique, necessariamente e sempre, uma violação de direitos. XI - Hodiernamente prevalece a orientação de que devem ser conciliados os interesses da investigação e o direito à informação do investigado e, conseqüentemente, de seu advogado, a fim de salvaguardar as suas garantias constitucionais. XII - Na esteira do entendimento firmado pelo STF, esta Corte tem assegurado a amplitude do direito de defesa em sede de inquéritos policiais em especial no que diz respeito ao exercício do contraditório e ao acesso de dados e documentos já produzidos no âmbito das investigações criminais. XIII - Tal posicionamento, contudo, ressalva os procedimentos que, por sua própria natureza, não dispensem o sigilo, sob pena de ineficácia da diligência investigatória, hipótese em que o acesso deverá ser assegurado em relação às informações já introduzidas nos autos. XIV - O acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução pe-

nal, decorre igualmente do princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova segundo o qual a prova é comum, ou seja, estando no processo, ela pertence a todos os sujeitos processuais. XV - O princípio da comunhão da prova, estabelece situação de igualdade das partes na relação jurídico-processual, de forma a possibilitar ao que sofre persecução penal, ainda que tramite em regime de sigilo, o conhecimento do acervo probatório coligido nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse. XVI - Assegura-se, portanto, à pessoa investigada, por meio de seu patrono constituído, o acesso aos elementos probatórios que já tenham sido levados aos autos da investigação penal, como indícios, fundamentos e/ou informações, os quais deverão ser efetivamente introduzidos no processo, ainda que em apenso aos autos principais. XVII - O entendimento proclamado não significa negar à autoridade que conduz o procedimento investigatório a possibilidade de impor o sigilo ao inquérito policial quando necessário à elucidação dos fatos ou quando exigido pelo interesse da sociedade, conforme preceitua o artigo 20 do CPP. É inadmissível que findas as investigações e, portanto, sem possibilidade de comprometimento da sua eficácia, e uma vez deflagrada a ação penal, os réus não tenham conhecimento da prova produzida. XVIII - Negar aos réus o acesso às informações coligidas, cuja influência no convencimento do Julgador se mostra inquestionável, constitui manifesta violação do direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados pelo artigo 5º, inciso LV, da CF. XIX - Até mesmo em hipótese de delação premiada, o caráter sigiloso cinge-se ao acordo celebrado com o réu colaborador e não às declarações incriminadoras, sob pena de se tornar possível a condenação de alguém com base em "prova secreta". XX - Assentado o direito ao acesso dos réus delatados às declarações incriminadoras, com muito mais razão não é possível obstar-lhes o acesso às investigações preliminares que deram ensejo à deflagração do procedimento de interceptação. XXI - À luz do caso concreto, há ação penal em curso, não se justificando eventual impedimento ao acesso amplo dos diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes devem formalmente ser incorporados. XXII - As investigações preliminares levadas a cabo pela Polícia Federal devem ser juntadas aos autos, dada a sua imprescindibilidade para a aferição do valor jurídico da denúncia anônima e das provas que dela derivaram e para assegurar a amplitude do direito de defesa. XXIII - Concedido habeas corpus de ofício para garantir ao paciente, por intermédio de seus Advogados regularmente constituídos, o direito de acesso a todas as investigações preliminares, concomitantes, ou mesmo posteriores ao procedimento de interceptação telefônica, e que aos mesmos digam respeito, determinando a sua pronta vinda aos autos. Para tanto, determino a publicidade imediata dos documentos que, lacrados, se encontram juntados aos autos. Prejudicado, por ora, o exame das questões suscitadas na presente impetração, considerando-se que a legalidade das mesmas somente poderá ser aferida frente ao novo quadro processual que se delineará com a juntada aos autos das mencionadas investigações e amplo conhecimento dos réus/investigados e seus respectivos advogados. (HC 00144467120094030000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/12/2009 PÁGINA: 95 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

Ante o julgamento do mérito no Tribunal Regional Federal, houve aditamento do *habeas corpus* impetrado no STJ para superar o óbice da súmula 691.

Já o segundo *habeas corpus*, autuado sob o n.º 159.159/SP foi impetrado como substitutivo de recurso ordinário no STJ contra anterior decisão denegatória do TRF da 3ª Região em benefício dos corréus da ação penal. Nele, foi requerido e decretado o sigilo dos autos e, apresentando semelhante discussão, teve o seu pedido liminar deferido pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, no exercício da presidência do STJ, determinando a suspensão de todos os procedimentos relativos à denominada operação “Castelo de Areia” sob os seguintes argumentos:

Neste *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, os impetrantes alegam que os pacientes tiveram afrontadas as suas garantias processuais por ter sido deflagrada, contra eles, no âmbito da 6ª Vara Federal da SJ/SP, uma Ação Penal calcada em Procedimento Criminal Diverso-PCD, iniciado no âmbito do Departamento da Polícia Federal, instaurado com base em uma delação anônima e secreta, do que decorreu, sem sequer uma mínima averiguação prévia, a quebra de sigilo telefônico, ademais em decisão desfundamentada e genérica (alcançando todos os usuários do serviço de telefonia), tendo as escutas sido prorrogadas - também sem fundamentação - por período superior a 14 meses, já aí alcançando os pacientes.

Antes deste HC, de que ora se cogita, os pacientes ingressaram com idêntica medida no colendo TRF da 3ª Região, tendo a sua egrégia 2ª Turma, aqui apontada como autoridade coatora, se omitido de julgar as teses jurídicas por eles apresentadas àquela Corte, em que vindicaram a nulidade da Ação Penal referenciada, pelos vícios acima expostos.

Os impetrantes reclamam que ao egrégio TRF de origem não era cabível deixar de apreciar e julgar como entendesse de direito as alegações que os pacientes lhe submeteram, para o que teriam que levar em conta, obviamente, os argumentos deduzidos na postulação e a documentação constante do processo.

No entanto, assim não agiu tendo para tanto se valido, como consta nas razões de decidir, de uma estranha e intempestiva comunicação secreta não apensada aos autos, constante de ofício reservado passado pelo Juiz Federal da 6a. Vara da SJ/SP à Relatora do feito mandamental no TRF, cuja existência só foi anunciada no instante do julgamento (e ainda assim só depois da sustentação oral formulada naquela ocasião), onde constaria a informação de que a deflagração referida estava alicerçada em denúncia anônima e apurações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal. Apontam, ainda, os impetrantes, em reforço da alegação de que essas investigações preliminares não se acham autuadas, o fato de o próprio Magistrado, no tal ofício secreto, ter solicitado que a informação repassada nesse mesmo expediente sigiloso não fosse juntada aos autos do pedido de *Habeas Corpus*.

Registro que o pedido de tutela mandamental neste HC é apenas para sustar o trâmite da Ação Penal 2009.61.81.006881-7, da 6ª Vara Federal da SJ/SP, e os demais feitos a ela relacionados, tendo em vista a ilicitude das provas coligidas, somente até o julgamento do mérito desta impetração, cujo nú-

leo é o reconhecimento da ilicitude das provas obtidas nas interceptações telefônicas constantes dos autos do PCD 2008.61.81.000237-1, da mesma Vara Federal, para ulterior aplicação do art. 157 do CPP e do seu § 1º.

Esses dispositivos do CPP proclamam que são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, e também as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Passo a decidir.

01. Cabe-me apreciar neste HC tão só e apenas o pedido de medida liminar, cuja cognição é essencialmente limitada à verificação da presença simultânea da aparência de bom direito e da iminência de dano de monta a esse mesmo direito, de forma a impor a necessidade de concessão de tutela de eficácia imediata ou prontíssima, no interesse processual de colocar a salvo de desgaste a inteireza da relação jurídica subjetiva para a qual se postula a proteção judicial mandamental.

Em razão da sua precariedade, a tutela judicial liminar não tem a força de constituir ou desconstituir situação substantiva consolidada, senão somente a de preservá-la ou conservá-la ou ainda de acautelar ou evitar a ocorrência de prejuízo relevante ao direito da parte que a postula, quando esse direito se mostrar visível ao primeiro exame, vale dizer, se mostrar aparente, ainda que a conclusão quanto à sua existência e consistência seja provisória ou modificável.

02. Cumpre observar que o sistema jurídico do País e o seu ordenamento positivo não aceitam que o escrito anônimo possa, em linha de princípio e por si, isoladamente considerado, justificar a imediata instauração da persecutio criminis, porquanto a Constituição proscreeve o anonimato (art. 5º, IV), daí resultando o inegável desvalor jurídico de qualquer ato oficial de qualquer agente estatal que repouse o seu fundamento sobre comunicação anônima, como o reconheceu o Pleno do STF no julgamento do INQ 1957, Rel. Min. Cezar Peluso (DJU de 11.11.2005), ainda que se admita que possa servir para instauração de averiguações preliminares, na forma do art. 5º, § 3º, do CPP, ao fim das quais se confirmará – ou não – a notícia dada por pessoa de identidade ignorada ou mediante escrito apócrifo.

Nesta Corte Superior a orientação dos julgamentos segue esse mesmo roteiro, destacando dentre muitos e por todos o que decidido no HC 74.581 (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 10.03.2008) e no HC 64.096 (Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 04.08.2008).

No exame da presente hipótese, tenho como fortes os indicativos de que a referida delação anônima serviu diretamente à instauração das medidas persecutórias no Juízo da 6ª Vara Federal da SJ/SP, conforme se pode claramente ler na solicitação do Juiz do feito, no ofício reservado que encaminhou à Relatora do HC no TRF da 3ª Região, no qual postula que a informação ali prestada não seja juntada aos autos do pleito mandamental.

Essa circunstância, que em outros contextos até poderia ser eventualmente irrelevante, sugere que as mencionadas investigações preliminares, se é que foram realmente encetadas, não tiveram os seus resultados postos nos autos ou foram subtraídos ao exame dos pacientes, o que não é abonado pelas normas legais que regem as atividades investigatórias pré-processuais.

03. Noutra viés, a teor do art. 93, IX, da Constituição, é de curial sabença que a fundamentação é requisito de validade de qualquer decisão judicial. Ora, com muito maior razão há de se ver que terá de ser ainda mais fortemente fundamentada a decisão que excepciona, anula e afasta os sigilos assegurados na Carta Magna, que decorrem de conquistas civilizatórias, por isso mesmo que é diretriz uniforme da jurisprudência das Cortes e das lições da doutrina jurídica a sua exigência impostergável a não tolerar que o afastamento daquelas garantias se faça de modo banal ou simples, calcada apenas, por exemplo, na comodidade da coleta de indícios ou produção de provas. Assim é que se requer, como anotam os impetrantes, que a quebra do sigilo telefônico só se dê por decisão exaustivamente fundamentada e individualizada.

Examinando-se demoradamente a situação retratada neste HC, verifica-se que não passou à margem da acuidade do douto Procurador da República que era por demais genérico o primeiro pedido de quebra de sigilos telefônicos por isso mesmo que não o acolheu, devolvendo-o à Autoridade Policial, que, por seu turno, reiterou-o assentando que o seu pleito fora genérico de propósito, mas mesmo assim o MPF o aceitou, de idêntico modo procedendo o Juiz Federal da 6ª Vara da SJ/SP.

04. Desponta, noutra passo, o fato de que a quebra do sigilo telefônico deuse por prazo superior a 14 meses, ainda que por períodos renovados, o que abala o decidido pela eg. 6ª Turma deste colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n. 76.686 (Rel. Min. Nilson Naves, DJU 10/11/2008).

05. Não fico desatento, de mais a mais, nessa primeira análise, que a ordem para quebra do sigilo tinha uma abrangência tão ampla e irrestrita que poderia até invadir a reserva de intimidade de toda e qualquer pessoa que se utiliza dos sistemas de telecomunicações, como, aliás, observaram, assustadas, as empresas de telefonia (fls. 642/643).

06. Pelo tanto exposto, confesso-me convicto que o contexto dos autos evidencia que a Ação Penal em apreço se mostra fortemente impactada pelos argumentos jurídicos trazidos pelos impetrantes, fazendo surgir aquela aparência de bom direito, ou seja, a plausibilidade de o direito invocado vir a receber tutela de mérito positiva, como igualmente antevejo que a persistência da mesma Ação Penal causa aos pacientes dano jurídico de monta, decorrente da própria existência do processo em condições aparentemente injurídicas, vulnerando-lhes direito subjetivo que cumpre ser resguardado. Por outro lado, a tutela judicial liminarmente postulada não acarreta o trancamento da Ação Penal em apreço, não liberta pessoas detidas, não disponibiliza patrimônios constritos e não produz efeitos definitivos sobre o mérito da pretensão punitiva; porém, a sua continuidade e assim como dos feitos que derivam do mesmo PCD lavra contra os pacientes efeitos particularmente lesivos, por submetê-los a processo penal aparentemente eivado de insanáveis vícios, isso só já representando um constrangimento ilegal a que se deve pôr cobro de imediato, em atenção ao direito fundamental que tem toda pessoa de não sofrer ação punitiva sem a observância das suas garantias processuais.

Nessas condições, considerando que se o referido PCD não for objeto de suspensão imediata, poderá lastrear ações penais outras, criando contra os pacientes situações plurais de constrangimento ilegal, defiro a suspensão

provisória imediata do trâmite da mencionada Ação Penal e das iniciativas sancionatórias que têm por supedâneo os elementos colhidos no PCD 2008.61.81.000237-1, da 6ª Vara Federal da SJ/SP, até o julgamento de mérito deste HC pela Turma a que couber a sua distribuição, obviamente sem embargo de o seu Relator, que conduzirá o feito a partir do dia 1º de fevereiro do corrente ano, poder alterar os termos, o alcance ou o conteúdo desta decisão, o que faço com esteio do art. 83, § 1º, do Regimento Interno do STJ, que atribui ao Presidente, nos feriados e nas férias coletivas, decidir pedidos de liminar em mandado de segurança e habeas corpus.

Constata-se, de plano, que o *habeas corpus* foi utilizado como substitutivo de recurso ordinário. Essa prática, tecnicamente reprovável, era muito utilizada até 2012, quando a Primeira Turma do STF e o STJ passaram a entender pela sua impossibilidade.

Finalmente, no caso em voga, o STJ entendeu pelo julgamento conjunto de ambos os *habeas corpus* em virtude da conexão e decidiu pela anulação das provas da ação penal com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS.

As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não tole-ram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal.

A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art.

93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social.

Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual.

Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.

O julgamento foi relatado pela Min. Maria Thereza de Assim Moura. Além dela, apenas o Ministro Og Fernandes participou do julgamento e votou contra a nulidade das provas. Os outros dois votos pela nulidade das provas da ação penal vieram do Desembargador convocado Celso Limongi, do TJ/SP, e do Desembargador convocado do TJ/CE Haroldo Rodrigues.

No voto condutor do acórdão, a Ministra relatora sintetizou os seguintes argumentos utilizados pela defesa:

a) Nulidade da persecução penal em face da ilicitude da prova, decorrente, na sua origem, de denúncia anônima; b) Nulidade da prova obtida por meio de interceptação telefônica autorizada sem a devida motivação, além de perdurar por mais de um ano; c) Nulidade, por derivação, das demais diligências realizadas a partir da origem ilícita, a exemplo, de busca e apreensão, interceptação telemática, escuta ambiental, bloqueio de contas e de bens etc.d) Direito à degravação integral dos áudios captados.

Em relação ao argumento de inadmissão de investigação policial por denúncia anônima, a própria Ministra relatora mencionou que o entendimento majoritário das Cortes Superiores aceitava instauração da investigação por denúncia anônima:

A aceitação da denúncia anônima, como dito, tem sido defendida pela jurisprudência majoritária, aí incluindo recentes posições do Supremo Tribunal Federal, como bem lembrado pelo Ilustre Ministro Og Fernandes, em seu voto proferido no julgamento do HC 128.776, acima indicado e no qual me tornei vencida, que na mesma linha supramencionada assentou que esse meio pode embasar investigações preliminares para o fim de colher elementos de possível prática de infração penal.

Contudo, a Min. Maria Thereza manifestou o seu entendimento acerca da ilegalidade da medida. Nesse sentido, invocou um precedente da Sexta Turma do STJ relatado pelo Min. Nilson Naves que declarava a nulidade do início de investigação por denúncia anônima no caso em que o investigado era pessoa com prerrogativa de foro:

Procedimento criminal (acusação anônima). Anonimato (vedação). Incompatibilidade de normas (antinomia). Foro privilegiado (prerrogativa de função). Denúncia apócrifa (investigação inconveniente). 1. Requer o ordenamento jurídico brasileiro – e é bom que assim requeira – que também o processo preliminar – preparatório da ação penal – inicie-se sem mácula. 2. Se as investigações preliminares foram iniciadas a partir de correspondência eletrônica anônima (e-mail), tiveram início, então, repletas de nódoas, tra-

tando-se, pois, de natimorta notícia. 3. Em nosso conjunto de regras jurídicas, normas existem sobre sigilo, bem como sobre informação; enfim, normas sobre segurança e normas sobre liberdade.

4. Havendo normas de opostas inspirações ideológicas – antinomia de princípio –, a solução do conflito (aparente) há de privilegiar a liberdade, porque a liberdade anda à frente dos outros bens da vida, salvo à frente da própria vida.

5. Deve-se, todavia, distinguir cada caso, de tal sorte que, em determinadas hipóteses, esteja a autoridade policial, diante de notícia, autorizada a apurar eventual ocorrência de crime.

6. Tratando-se, como se trata, porém, de paciente que detém foro por prerrogativa de função, ao admitir-se investigação calcada em denúncia apócrifa, fragiliza-se não a pessoa, e sim a própria instituição à qual pertence e, em última razão, o Estado democrático de direito.

7. A Turma ratificou a liminar – de caráter unipessoal – e concedeu a ordem a fim de determinar o arquivamento do procedimento criminal."

(HC 95838/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 26.02.2008, DJe 17.03.2008)

Entretanto, mesmo reconhecendo o posicionamento dominante dos tribunais no sentido contrário, ao final concluiu a Ministra Maria Thereza de Assis pela decretação de nulidade das provas provenientes de denúncia anônima com os seguintes argumentos:

É, no meu entender, uma busca invasiva absolutamente desproporcional, o que faz prevalecer a garantia do direito à intimidade frente ao primado da segurança pública, já que não explicitado os verdadeiros motivos da constrição.

Veja-se que a denúncia anônima, segundo a autoridade policial, dava conta de que o referido cidadão era doleiro e atuava no mercado paralelo, fato que poderia ser comprovado por verificação de outros meios que não a quebra do sigilo de dados de todos os usuários da telefonia.

(...)

A questão como posta, portanto, encaminha a solução do caso para considerar a ilicitude tanto da quebra do sigilo de dados inicialmente deferida, quanto das demais provas diretamente dali decorrentes, uma vez violados, por qualquer prisma considerado, os postulados das garantias constitucionais do processo penal, devendo-se observar, neste passo, que a decisão abrangeu situação indevidamente genérica com poder de atingir indiscriminado número de assinantes da telefonia.

(...)Por tudo o que restou delineado, não vejo outra saída que não considerar nulo o procedimento de invasão de dados telefônicos autorizado pela decisão de fls. 258/259 dos autos deste *writ*, devendo ser igualmente anulados os demais procedimentos dali derivados diretamente, nos termos do art. 157 e parágrafos do CPP, cabendo ao Juiz do caso a análise de tal extensão, já que nesta sede de via estreita não se afigura possível averiguá-la.

No corpo do voto proferido pela relatora, Ministra Maria Thereza, também foram invocados argumentos relacionados a problemas relacionados à motivação da decisão judicial que decretou medidas invasivas. Segundo constou, houve uma possível omissão por parte do juiz monocrático a respeito da existência de uma colaboração premiada ou de um informante oculto que teriam ensejado o início das investigações. Assim, foi salientada a falta de ética do juiz de primeiro grau de jurisdição que, ao prestar informações no *habeas corpus*, teria ocultado esses fatos.

Nesses termos:

De fato, as contradições do caso mostram que, primeiro, houve a indicação de denúncia anônima. Depois, houve a indicação de autos de delação premiada advinda de outra situação persecutória. E, por fim, que os indícios preliminares decorriam de testemunho protegido, portanto, oculto, ou mesmo de informante em outra operação policial. No meu entender, com a devida vênia, tal situação soa absolutamente nova ao ordenamento jurídico, máxime porque, a despeito de se cogitar da proteção do agente delator, não se pode aceitar a proteção da verdade por meio de sua ocultação. Dizer que existe delator ou testemunha protegida, ou informante que seja (figura, a meu ver, ainda desconhecida do nosso sistema), não tem o mesmo sentido do que dizer que os indícios e provas tenham de ser sub-reptícios em razão da necessidade de ocultar a verdade até quando necessária aos órgãos de persecução.

A Ministra desconsiderou a existência da colaboração premiada que corria com o feito, mas que era, inicialmente, mantida em apartado e em sigilo pelo juízo de primeiro grau de jurisdição, até o recebimento da denúncia e início do contraditório, já que ainda não havia uma regulamentação específica sobre o momento de sua apresentação no processo. A existência dessa colaboração premiada foi fortemente enfatizada pela PGR nos recursos interpostos pelo MPF e reconhecida pelo próprio Ministro Og Fernandes, em seu voto divergente.

Na realidade, o que ocorreu foi que, para o fim de se preservar a identidade e incolumidade do colaborador – que já era ameaçado na oportunidade - o juiz de primeiro grau de jurisdição preferiu fundamentar, expressamente, a concessão da interceptação telefônica apenas na denúncia anônima primeiramente recebida (e bastante pormenorizada) e nas diligências preliminares realizadas pela PF. Contudo, a colaboração premiada já estava em curso e era a principal prova da atuação da quadrilha, envolvendo todos esses crimes e pessoas.

Em que pese, aparentemente, esses argumentos também tenham sido usados como fundamento para anulação das provas, não constam no corpo da ementa.

Na sequência do voto da relatora, o Ministro Og Fernandes pediu vista dos autos. Ao apresentar sua manifestação sustentou, em longo e bem fundamentado voto vencido de quarenta e seis laudas, a validade das investigações.

Em primeiro lugar, assentou, citando incontáveis precedentes recentes, que a jurisprudência o STJ e do STF admitem instauração de IPL a partir de denúncia anônima.

Em segundo lugar, frisou que, no caso concreto, a autoridade policial, após o recebimento da denúncia anônima, efetivamente efetuou diligências preliminares consistentes na identificação das sociedades comerciais constituídas pelo paciente Kurt Pickel, além de outros dados vinculados à Receita Federal. Ademais, antes da denúncia anônima o Ministro mencionou que havia uma colaboração premiada que já era fruto das investigações.

De resto, o Ministro Og entendeu pela validade das quebras de sigilo telefônico e pelas demais providências realizadas pelas autoridades investigativas.

Após o empate na votação, pediu vista dos autos o Desembargador Convocado Celso Limongi.

No voto-vista de Celso Limongi ficou assente que, além da suposta denúncia anônima ser ilegal, as decisões que prorrogaram as interceptações telefônicas foram muito “genéricas”, sendo que a delação anônima não poderia autorizar medidas invasivas.

Esse entendimento foi acompanhado pelo Desembargador Convocado Haroldo Rodrigues que definiu a votação.

Insta mencionar que no caso em voga causa perplexidade a anulação das provas da ação penal em razão do inquérito ter sido iniciado por denúncia anônima. Em primeiro lugar, tal julgado ignora o entendimento de que os possíveis vícios do procedimento inquisitivo não contaminariam a ação penal. Em segundo lugar, existem aparatos estatais bem sucedidos e institucionalizados como “disk denúncia” que visam justamente contar com a contribuição da população para elucidação de crimes e preservam a identidade do delator.

Aliás, diga-se de passagem, não é crível exigir que pessoas que denunciem o crime organizado se identifiquem.

Demonstrando idêntica preocupação, manifestou-se Eugênio Pacelli (2009, p. 52):

A questão é deveras complexa, tendo em vista que, não raras vezes, o autor da *notitia criminis* permanece no anonimato precisamente como meio de proteção pessoal e de seus familiares. Então, exatamente por isso, é de se receber com ressalvas a aludida decisão [de admissão da denúncia anônima como apta a deflagrar procedimentos de averiguação], até mesmo porque ela deixa consignada a necessidade de cautela no exame de cada caso.

Sobre o bem sucedido funcionamento do Disk Denúncia no estado de Minas Gerais, Gustavo Henrique Moreira do Valle menciona (2010):

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a experiência do foro criminal tem revelado ser extremamente comum o início de perseguições penais em virtude de notícia criminis anônima, na maioria das vezes realizada por meio do 'Disque Denúncia', também conhecido como 'Disque 181', serviço implantado pela Secretaria de Estado de Defesa Social do Estado de Minas Gerais em parceria com o Instituto Minas pela Paz.

(...)Para se ter uma ideia de sua utilização, destaca-se, com base em dados fornecidos pela Polícia Civil do Estado de Minas Gerais (Disponível em: <http://www.sesp.mg.gov.br/internas/noticias/materiais/NOT-00728MAR2008.php>. Acesso em: 27 fev 2009), que, nos primeiros três meses de funcionamento, o serviço recebeu cerca de trezentas e noventa mil ligações, sendo que, desse total, doze mil, quinhentas e trinta e seis 'denúncias' foram encaminhadas para investigação, resultando em cento e noventa e cinco pessoas presas, trinta e seis adolescentes apreendidos e trinta e nove foragidos da Justiça recapturados. (A denúncia anônima no processo penal brasileiro. In Boletim IBCCRIM – Ano 17 – nº 208 – março/2010, sem destaques no original)

Além disso, é interessante notar que o mesmo fundamento não valeu para situações similares envolvendo pessoas menos abastadas.

A título de exemplo, citem-se os seguintes precedentes inclusive da mesma Sexta Turma do STJ que, diferentemente do julgado paradigma, entendeu pelo cabimento da denúncia anônima para instauração de inquérito e prisão em flagrante por tráfico de drogas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. ALEGADA CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. INOCORRÊNCIA.

PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS IDÔNEAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. EXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA VIA ELEITA. **INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE.** EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. PERDA DO OBJETO.

I - Conforme já asseverou a c. Suprema Corte: "Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo"(Informativo-STF nº 366). Na espécie, entretanto, o édito condenatório encontra-se devidamente lastreado em arcabouço probatório devidamente submetidos ao crivo do contraditório judicial (art. 5º, LV, CF).

II - No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente ao argumento de que o conjunto probatório seria precário, demandaria, necessariamente, o

amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de habeas corpus (Precedentes).

III - Não há, na linha da jurisprudência do c. Supremo Tribunal Federal, (v.g. HC 95.244/PE, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJE 30/04/2010) qualquer ilegalidade na determinação de realização de diligência para apurar a veracidade de denúncia anônima formulada dando conta da prática de crime de tráfico de entorpecentes, da qual advém a prisão em flagrante do paciente.

IV - A superveniência do trânsito em julgado da condenação evidencia a perda de parte do objeto do presente mandamus, em que se buscava a suspensão da execução provisória da pena. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, denegado.

(HC 137.256/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 13/09/2010)

(...) 6. Por fim, inexistente constrangimento ilegal pela alegada ausência de mandado judicial para o ingresso na residência do corréu Rosildo Aires de Mello, tendo em vista o estado de flagrância em que foi surpreendido, situação amparada pelo art. 5º., XI da Magna Carta. Consoante constou do Inquérito Policial, às fls. 127/130, após denúncias anônimas, Policiais Militares dirigiram-se à residência de Rosildo, que foi surpreendido, com o corréu Héilton dos Santos Lima, manipulando, sobre uma mesa de centro, substâncias entorpecentes que tinham em depósito.

7. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

8. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

(HC 141.490/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)

HABEAS CORPUS . SONEGAÇÃO FISCAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO. DENÚNCIA ANÔNIMA. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSIBILIDADE.

(...)

2. "Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o inquérito policial, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedente do STJ" (HC 44.649/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ 8/10/07).

(...)

(HC 64096/PR, Quinta Turma, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 04/08/2008).

A presença de denúncia anônima e de matérias jornalísticas indicando a possível participação dos investigados na empreitada criminosa é suficiente para o preenchimento desse requisito .É certo que elementos desse jaez devem ser vistos com relativo valor, porém, não se pode negar que, juntos, podem constituir indícios razoáveis de autoria de delitos. (HC 116.375/PB, Sexta Turma, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 16.12.08, sem destaques no original)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. LAVAGEM DE DINHEIRO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE DA PROVA. DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO. FALTA DE JUNTADA DA DECISÃO IMPUGNADA. ÔNUS QUE INCUMBIA AO IMPETRANTE. ADVOGADO CONSTITUÍDO. INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA. INFORMAÇÕES QUE CONTRARIAM ESSA TESE. DENÚNCIA ANÔNIMA QUE DEU ENSEJO TÃO-SOMENTE ÀS DILIGÊNCIAS PRELIMINARES, CUJO RESULTADO POSSIBILITOU A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO. PEDIDO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM. 1. É ônus do impetrante, notadamente quando advogado constituído, a instrução suficiente do writ, sob pena de não-conhecimento do pedido. Precedentes do STF e do STJ. 2. Impugnada a interceptação telefônica realizada em procedimento que culminou com o oferecimento de denúncia em desfavor dos pacientes, faz-se imprescindível a juntada de cópia da respectiva decisão aos autos para a adequada compreensão da controvérsia. 3. Mostra-se irrelevante, in casu, qualquer discussão a respeito da validade de denúncia anônima como notitia criminis, pois os elementos constantes nos autos demonstram que o inquérito policial impugnado somente foi instaurado depois da realização de diligências preliminares que resultaram na colheita de elementos mínimos de convicção sobre a suposta prática de crimes. 4. Pedido parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem.”(STJ HC –119702 Relator(a) JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG) Sigla do órgão STJ Órgão julgador SEXTA TURMA Fonte DJE DATA:02/03/2009)

Na mesma linha, pela admissão da denúncia anônima para deflagrar investigação, os seguintes precedentes: HC-106.040/SP, Relatora Desembargadora convocada Jane Silva, DJe de 8.9.08; HC-38.093/AM, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 17.4.04; HC 38.093/AM, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 17/12/2004; HC-93.421/RO, Relator Ministro Felix Fischer, DJe de 9.3.09.

Nos precedentes que tratavam de casos de tráfico de drogas, o STJ decidiu pela admissibilidade de denúncia anônima para deflagrar procedimento que culminou na prisão em flagrante dos denunciados. Ou seja, no caso Castelo de Areia que tratava de organização criminosa acusada da prática de graves crimes contra a administração pública, a instauração de simples inquérito policial por denúncia anônima produziu a nulidade de toda ação. Já no caso do tráfico de drogas praticado por uma pessoa, o mesmo tribunal entendeu admissível a violação de domicílio e a prisão em flagrante, procedimentos manifestamente mais invasivos, com base única e exclusivamente na delação anônima.

Sendo assim, o mesmo discurso não valeu para situações similares, cujo único diferencial era a condição econômica dos réus e o crime analisado.

Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo de forma tranquila que: “A denúncia anônima é apta à deflagração da persecução penal quando seguida de diligências para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração de inquérito policial. Precedentes: HC 108.147, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º.02.13; HC 105.484, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 16.04.13; HC 99.490, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 1º.02.11; HC 98.345, Primeira Turma, Redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, DJe de 17.09.10; HC 95.244, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 30.04.10.” (STF, 1ª Turma, HC 120234/PR, Relator: Luiz Fux, 11.03.2014, DJE 26.03.2014)

Em entrevista sobre a operação Lavajato, o ex-Ministro do STJ, Gilson Dipp¹³⁴, lamentou a anulação da operação Castelo de Areia, mencionando que: “esse é um exemplo de operação que tinha grandes possibilidades de ir mais longe, de esclarecer a corrupção do financiamento político, o envolvimento de agentes públicos e privados, grandes empresas.”

Recentemente, um esquema semelhante ao desvendado na operação Castelo de Areia foi desmantelado na operação Lavajato, também envolvendo o grupo Camargo Correa e a corrupção e agentes públicos. Havia inclusive, obras que foram investigadas em ambas as operações, como a Refinaria de Abreu e Lima de Pernambuco (RNEST) e a Refinaria Getulio Vargas no Paraná (REPAR). Na Operação Lavajato, inclusive, foi apreendida uma nova planilha com “doações” para políticos, semelhante àquela obtida na Operação da Castelo de Areia (Processo nº 5071698-90.2014.404.7000 evento 10 – APREENSAO6).

Infelizmente, perdeu-se a chance de aniquilar o esquema criminoso muitos anos antes.

Em 11 de junho de 2011 o MPF ingressou recurso extraordinário nº 676280 que teve negado seguimento pelo relator, Min. Luis Roberto Barroso, em 18 de fevereiro de 2015, sob o fundamento de que a análise do recurso envolveria rediscussão de matéria fática, o que seria vedado nos termos da Súmula nº 279 do STF, acrescentando que: “a jurisprudência do STF “afasta o cabimento de recurso extraordinário para o questionamento de alegadas violações à legislação infraconstitucional sem que se discuta seu sentido à luz da Constituição”. Também fundamentou a decisão na ausência de prequestionamento e no fato de a decisão estar alinhada à jurisprudência do STF: “é pacífica a jurisprudência Corte, no sentido de que é permitida a ‘deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados””.

¹³⁴ Folha de S. Paulo do dia 6/10/2014- **Delação na operação Lava Jato é exemplo para juízes disponível no site** <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/10/1528514-delacao-na-operacao-lavajato-e-exemplo-para-juizes.shtml> acessado em 7/10/2014.

A decisão foi confirmada pela 1ª Turma do STF em 14 de abril de 2015 durante o julgamento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal.

Assim, constata-se que a anulação da operação Castelo de Areia afrontou o devido processo legal, na medida em que aprofundou o exame de provas em *habeas corpus*, mesmo não estando nenhum dos réus presos ou ameaçados de prisão. Na mesma linha, a decisão violou o princípio da proporcionalidade e da isonomia, principalmente considerando que o argumento de invalidação da ação penal pelo fato de que a investigação se iniciou por denúncia anônima não foi aplicado em casos semelhantes de investigações de tráfico de drogas.

3. CASO SUNDOWN/ BANESTADO.

O caso *Sundown/Banestado* tratou-se de um complexo esquema de sonegação fiscal, falsidade ideológica, corrupção e lavagem de dinheiro praticado por empresários vinculados a uma grande empresa. Eles usavam empresas de fachada para fazer importações manifestamente subfaturadas, aumentando desmedidamente seus lucros. Nesse esquema, para evitar autuações da Receita Federal, foram subornados auditores-fiscais. Estima-se que o esquema criminoso movimentou aproximadamente R\$ 150 milhões (cento e cinquenta milhões de reais).

Na operação desencadeada no dia 29/06/2006 foram presas dez pessoas, sendo: dois auditores fiscais da Receita Federal; três empresários uruguaios controladores do Grupo *Sundown*, um advogado, um contador; dois doleiros e; um consultor financeiro ligado a um banco americano Merrill Lynch.

Em novembro de 2006, a Justiça Federal do Paraná condenou os auditores da Receita Federal Adriana Gianello Costa de Oliveira e José Luiz Altheia pelo crime de corrupção passiva, sendo Adriana condenada também por evasão de divisas. Por corrupção ativa foram condenados: 1) Rolando Rozenblum a dez anos de reclusão; 2) Isidoro Rozenblum a cinco anos de reclusão e; 3) Sergio Voltolini a quatro anos de reclusão.

Posteriormente, as provas provenientes de interceptação telefônica foram anuladas.

Cuida-se de precedente no qual a Sexta Turma do STJ, de forma unânime, anulou uma complexa operação que apurou um grande esquema de corrupção por excesso de prazo nas interceptações telefônicas:

Comunicações telefônicas. Sigilo. Relatividade. Inspirações ideológicas. Conflito. Lei ordinária. Interpretações. Razoabilidade.1. É inviolável o sigilo das comunicações telefônicas; admite-se, porém, a interceptação "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer".2. Foi por meio da Lei nº 9.296,

de 1996, que o legislador regulamentou o texto constitucional; é explícito o texto infraconstitucional – e bem explícito – em dois pontos: primeiro, quanto ao prazo de quinze dias; segundo, quanto à renovação – "renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova".

3. Inexistindo, na Lei nº 9.296/96, previsão de renovações sucessivas, não há como admiti-las.

4. Já que não absoluto o sigilo, a relatividade implica o conflito entre normas de diversas inspirações ideológicas; em caso que tal, o conflito (aparente) resolve-se, semelhantemente a outros, a favor da liberdade, da intimidade, da vida privada, etc. É que estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana (Maximiliano).

5. Se não de trinta dias, embora seja exatamente esse, com efeito, o prazo de lei (Lei nº 9.296/96, art. 5º), que sejam, então, os sessenta dias do estado de defesa (Constituição, art. 136, § 2º), ou razoável prazo, desde que, é claro, na última hipótese, haja decisão exaustivamente fundamentada. Há, neste caso, se não explícita ou implícita violação do art. 5º da Lei nº 9.296/96, evidente violação do princípio da razoabilidade. 6. Ordem concedida a fim de se reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das comunicações telefônicas, devendo os autos retornar às mãos do Juiz originário para determinações de direito. (HC 76.686/PR, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 10/11/2008)

O feito foi relatado pelo ministro Nilson Naves que votou pela nulidade das provas decorrentes da interceptação telefônica. Acompanharam o voto do relato o Ministro Paulo Galotti, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura (que posteriormente seria a relatora da anulação da operação “Castelo de Areia”) e a Desembargadora Convocada Jane Silva.

Para fundamentar a anulação das provas do processo, o relator invocou matérias jornalísticas que expressam dados da CPI dos Grampos de que, em tese, estariam sendo monitorados com ordem judicial 500 mil telefones no país, bem como aduzindo que, supostamente, a autoridade judicial:

(a) não justificou validamente a existência de indícios razoáveis da autoria e a indispensabilidade da medida, (b) não houve fundamentação juridicamente válida apontando os dados concretos que evidenciavam a indispensabilidade da renovação do monitoramento e (c) o monitoramento telefônico, mantido ao longo de mais de 2 anos(!), extrapola o limite da razoabilidade

Ao final, entendeu pela anulação total das provas obtidas a partir de escutas telefônicas fundamentando na violação do princípio da razoabilidade.

O Ministério Público Federal, em parecer da Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês, opinou pelo indeferimento da ordem afirmando em suma que: “a relevância dos dados probatórios obtidos com as escutas, sem razão, impugnadas, não há como afastar a necessidade da

adoção da questionada providência, que, como já mencionado, encontra respaldo nas normas regentes.”

Sem dúvida, a proteção jurídica da intimidade é uma das mais importantes expressões dos direitos da personalidade, tratando-se de direito constitucionalmente garantido, cuja tutela normativa busca assegurar, em favor do cidadão, uma esfera de autonomia a salvo do arbítrio do Poder Público. Contudo, essa garantia de inviolabilidade não se reveste de caráter absoluto, mormente quando constatada a prática de inúmeros crimes graves, cedendo espaço, nessa hipótese, às exigências impostas pela preponderância do interesse público.

Nessa linha, em que pese a relevância do direito ao sigilo de dados constitucionalmente garantido, há muitos anos atrás o Supremo Tribunal Federal reconheceu a compatibilidade jurídica de sua quebra, apreciando a Questão de Ordem na Petição 577 ('Caso Magri', Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 23.04.93), com fundamento no § 1º, do art. 38, da Lei nº 4.595/64, com as normas inscritas nos citados incisos X e XII, do art. 5º, da CF, quando presentes fundadas razões para a relativização das informações.

Na época do acórdão do STJ que anulou as provas da Operação *Sundown*, o STF reiterou a posição no sentido de que em casos complexos é possível a prorrogação quantas vezes sejam necessárias:

(...)5. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, caput, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. **6. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização dediligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica.(...)**(Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341)

No caso *Sundown*, insta mencionar que a legalidade dessas interceptações telefônicas já havia sido analisada pelo Juiz monocrático e também por três Desembargadores do Tribunal

Regional Federal da 4ª Região¹³⁵, os quais as reputaram regulares, confirmando em segundo grau a condenação de empresários do Grupo *Sundown* pela corrupção de Auditores da Receita, crimes desvelados através dos monitoramentos.

Veja-se que algumas razões de decidir utilizadas no voto do relator como “o juiz não fundamentou devidamente as prorrogações” tratam-se de cláusulas extremamente abertas, que dão margem para um subjetivismo elevado na decisão judicial. Em outras palavras, não há como apontar com objetividade o que é uma decisão fundamentada. Aliás, diga-se de passagem, jamais haverá consenso de que determinada decisão é fundamentada.

Nesse ponto específico, o entendimento do relator foi rebatido no voto do Ministro Paulo Galotti que afirmou que:

A meu ver, o aludido provimento revela-se razoavelmente fundamentado, atendendo às exigências legais, notadamente porque demonstra a impossibilidade de a prova ser obtida por outro meio, aponta a imprescindibilidade da medida e sopesa os interesses em conflito, justificando a prevalência do público sobre o particular, não havendo que falar em violação do art. 5º do referido diploma legal, tampouco do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Caso fossem aplicados os limites do sistema revisional vigente nos Estados Unidos, o qual impossibilita a revisão do que o magistrado de primeiro grau de jurisdição entende como causa provável para decretação de medidas invasivas, o tema de suficiência da fundamentação não poderia ser objeto de revisão pelo tribunal superior, cabendo exclusivamente ao juiz competente,

¹³⁵ A decisão no TRF da 4 Região, de 24/10/2006, restou assim ementada: *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Pressupostos. Interceptação telefônica. Prova ilícita. Inocorrência. Constrangimento ilegal inócurre. Garantia da ordem pública. Conveniência da instrução criminal. Aplicação da lei penal. Ordem denegada. 1. Não há ilegalidade da decisão que decretou a interceptação telefônica, bem como nas posteriores renovações da medida pois se encontram fulcradas em relevantes indícios das práticas delituosas. 2. Afastado o sigilo telefônico e persistindo os fundamentos que o originaram, mesmo considerando os argumentos dos impetrantes de que foram infrutíferas as interceptações, este resultado não afasta a necessidade da medida, frente à verificação da intrincada rede de atividades ilícitas perpetradas pela organização criminosa, sendo imprescindíveis tal meio de prova. 3. Inexistência de afronta ao princípio da razoabilidade decorrente das sucessivas renovações das interceptações, porquanto demonstrada a efetiva necessidade das medidas para apuração dos ilícitos. 4. Hipótese em que o procedimento de quebra do sigilo telefônico atendeu aos preceitos legais dispostos nos arts. 2º e 5º da Lei nº 9.296/96. 5. As provas da materialidade e indícios de autoria apontados no decreto de prisão preventiva são suficientes para indicar que os pacientes são os responsáveis pelos ilícitos perpetrados. 6. Necessidade de garantia da ordem pública frente à continuidade das atividades desenvolvidas pela organização criminosa constituída pelos pacientes, justificando-se a decretação da prisão preventiva como forma de desestruturar e interromper as atividades ilícitas, impedindo a reiteração delitiva e propiciando a desarticulação da quadrilha. 7. A conveniência da instrução criminal e a garantia de aplicação da lei penal também justificam o *periculum libertatis* na hipótese dos autos. 8. O fato de estarem os pacientes segregados por força de prisão cautelar em nada impede a expedição de nova ordem em processo penal diverso. Isto porque o exame procedido pelo julgador decorre de suporte diferenciado, de modo que o *fumus comissi delicti* impõe o exame dos indícios de autoria e prova da materialidade para as espécies delitivas apuradas em cada um dos processos. O *periculum libertatis*, independentemente de serem os fundamentos similares (por questões óbvias de que o *modus operandi* é o mesmo), também decorre de suporte diferenciado, de cuja análise não há que se descurar o julgador, mormente em se tratando de organização criminosa de grandes proporções. 9. Ordem denegada."

no caso concreto, analisar a possibilidade da medida. No caso analisado, a medida realmente se justificava, mormente pelas provas indiciárias que indicavam a gravidade dos crimes evidenciados.

Essa linha de argumentação encontra respaldo nos ensinamentos de Lenio Streck que, ao tratar do tema de análise do preenchimento dos requisitos para a decretação da quebra do sigilo das comunicações telefônicas¹³⁶ observa que: “ao Juiz é que caberá dizer, pois, no caso concreto, o que é razoável, confrontando direito à intimidade - garantido pela Constituição - com o interesse público.”

No caso examinado, o STJ, ao valorar de antemão a prevalência da liberdade individual dos réus denunciados, não efetuou a ponderação entre os valores envolvidos, violando o princípio da aplicação adequada do direito penal, o qual é salientado, como fundamento de decisão do Tribunal Constitucional Alemão, por Robert Alexy que explica (1997, p.90):

El Tribunal constata que en tales casos existe "una relación de tensión entre el **deber del Estado de garantir una aplicación adecuada del derecho penal** y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental. Esta relación de tensión no podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería "prioridad sin más". Más bien, el "conflicto debería ser solucionado "a través de una ponderación de los intereses opuestos". En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstratamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (1997, p. 90)

Aliás, nessas hipóteses, é importante questionar a relevância dos interesses e direitos de toda a coletividade que são constitucionalmente protegidos e acabam sendo violados com a prática de crimes contra a administração pública, mormente o direito à segurança (art. 5º “caput” da Constituição Federal) e à moralidade pública (art.37 da Constituição Federal).

É interessante notar, ainda, que o próprio relator para o acórdão do *habeas corpus* nº 76.686/PR no STJ, Min. Nilson Naves, algum tempo depois do julgamento se aposentou da magistratura e foi advogar em Brasília, no escritório Bitencourt&Naves Advogados, tendo como sócio o criminalista Cezar Bitencourt, impetrante da ação constitucional em favor dos uruguaios que culminou na anulação das provas da Operação *Sundown*.

Além disso, pouco tempo antes do julgamento, o mesmo relator Min. Nilson Naves tinha se manifestado em sentido manifestamente contrário ao precedente da operação *Sundown*. O caso anterior investigava uma quadrilha especializada em furtos e roubos de cargas e restou assim ementado:

¹³⁶ As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais", 2ª edição, 2001, p. 84

Provas (licitude). Interceptação telefônica (meio). Prazo (prorrogação). Nulidade (não-ocorrência).

1. **O prazo de 15 (quinze) dias estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 9.296/96 é relativo, podendo a interceptação telefônica ser prorrogada tantas vezes quantas forem necessárias, mediante decisão devidamente fundamentada que demonstre a inequívoca indispensabilidade da prova.**

2. No caso, é lícita a prova obtida por meio de interceptação telefônica, realizada durante 6 (seis) meses, pois era providência necessária e foi devidamente autorizada.

3. Habeas corpus conhecido em parte, mas denegado.

(HC 50.193/ES, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 21/08/2006, p. 279)

Após a decisão de anulação do Caso *Sundown*, o Ministério Público Federal divulgou nota escrita em que argumenta que um dos réus da ação¹³⁷:

1. é acusado, recentemente, da prática de mais de 245 crimes... se fôssemos tomar o número de dias em dois anos de monitoramentos, houve acusações à razão de 1 crime para cada 3 dias;

2. está sendo investigado em dezenas de inquéritos pela prática de vários outros delitos, dentre eles o de lavagem de dinheiro, destacando-se que no último dia 04 foi recebida pela Justiça nova denúncia contra os empresários do Grupo Sundown;

3. é acusado e condenado pela prática do crime de corrupção de agentes públicos, em sentença confirmada pelo Tribunal Regional, segundo a qual os Auditores deixaram de tomar em conta, indevidamente, bases tributáveis superiores a R\$ 60 milhões;

4. apresentava vários cuidados nas conversas por telefone, chegando a usar codinomes e códigos, fato que obriga a estender o período de monitoramento;

5. usava estratagemas de ocultação e obstrução da descoberta da verdade, empregando testas-de-ferro, laranjas e *offshores* nos contratos sociais;

6. é condenado, em apenas três dos processos criminais recentes, a penas que somam entre 45 e 49 anos de prisão, fato que mostra a freqüência e a gravidade dos delitos;

7. sonegou, de acordo com apenas alguns procedimentos tributários concluídos até o momento, mais de R\$ 70 milhões, os quais deixaram de reverter em favor da sociedade;

8. evadiu mais de R\$ 21 milhões para o exterior e praticou crimes de descaminho que geraram autos de infração de aproximadamente R\$ 14 milhões de reais;

9. com franco desrespeito a decisão da mais alta Corte do País (STF) fugiu para o Uruguai, local onde até hoje permanece impune. (...)

¹³⁷ Disponível no site <http://gceap.prpr.mpf.gov.br/news/mpf-denuncia-responsaveis-pela-fuga-dos-empresarios-da-sundown> acessado em 11 de abril de 2013.

No que se refere às consequências da decisão proferida, a nota emitida afirmou:

lançou por terra boa parte de um longo e profundo trabalho conduzido com extrema seriedade e que tomou milhares de horas de vários servidores públicos. Foram trabalhos realizados de dia, de noite e de madrugada por Agentes e Delegados de Polícia Federal, Procuradores da República, Técnicos e Analistas do Ministério Público Federal, Auditores e Técnicos da Receita Federal, e ainda Juízes Federais e Servidores da Justiça Federal. Ainda será devidamente aquilatado o que poderá ser salvo e o que está perdido, mas certamente restarão prejudicados:

- processo criminal em que foram condenados por corrupção empresários e auditores fiscais, o qual já havia sido confirmado pelo TRF da 4ª Região;
- cerca de 40 inquéritos instaurados para apuração dos mais variados crimes como de quadrilha ou bando, sonegação fiscal (vários), descaminho, contra o sistema financeiro nacional (diversos), falsidade ideológica (muitos), inclusive de documento público, falsidade material de documento público, fraude à execução, fraude processual, fraude em arrematação judicial, corrupção ativa e passiva (inclusive de servidor da Justiça, de servidor do Banco Central), tráfico de influência, lavagem de dinheiro, contra a lei de licitações, estelionato, quebra de sigilo funcional, inserção de dados falsos em sistemas de informação e advocacia administrativa;
- parte de ações penais deflagradas pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, de descaminho, de falsidades e de formação de quadrilha;
- parte de investigação pela prática de lavagem de ativos;
- parte de bloqueios de valores que superam a casa do R\$ 100 milhões de reais.

Foram, assim, enterrados, inquéritos e processos criminais gravíssimos, isentando de responsabilidade não só os empresários envolvidos em crimes fiscais, contra a Administração Pública, de corrupção e de lavagem de dinheiro, mas também agentes públicos corrompidos.

Assim, no Caso *Sundown*, contrariando a orientação dominante nos tribunais superiores, houve a anulação de provas por excesso de prazo nas interceptações telefônicas. Na época do julgamento do *writ*, os dois réus uruguaiois estavam foragidos, pois fugiram pela porta da frente do Hospital Santa Cruz em Curitiba após “falhas” na escolta de policiais militares que era responsável por impedi-los de fugir¹³⁸.

¹³⁸ Conforme notícia no site do Ministério Público Federal em 2009, disponível em <http://gceap.prpr.mpf.gov.br/news/mpf-denuncia-responsaveis-pela-fuga-dos-empresarios-da-sundown> acessado em 11 de abril de 2013:

O Ministério Público Federal denunciou, nesta terça-feira (23/06), seis policiais e oficiais da Polícia Militar que foram considerados responsáveis pelas irregularidades que facilitaram a fuga de Isidoro Rozenblum e Rolando Rozenblum, empresários do Grupo Sundown, ocorrida no dia 2 de julho de 2007. Os dois foram presos em junho de 2006, com a deflagração de uma investigação conduzida pelo Ministério Público, Receita e Polícia Federais, sendo acusados em seguida pela prática de diversos crimes, dentre eles evasão de divisas, falsidades, descaminho, corrupção e formação de quadrilha.

Atualmente, enquanto os dois principais réus do processo seguem foragidos, estando pendente de análise no Supremo Tribunal Federal o recurso extraordinário interposto pela Procuradoria Geral da República em 2009.

4. OPERAÇÃO BOI BARRICA/ FAKTOR

A operação Boi Barrica, posteriormente rebatizada de Faktor, tratou-se de uma investigação a respeito de operações ilícitas realizadas por Fernando Sarney, filho do ex-presidente da República, José Sarney, sua mulher, Teresa Cristina Murad Sarney e João Odilon Soares Filho. Segundo apurado, o grupo era suspeito de fazer caixa dois na campanha de Roseana Sarney na disputa pelo governo do Maranhão em 2006. De acordo com as informações de inteligência do COAF, pouco antes das eleições, Fernando Sarney sacou R\$ 2 milhões de reais em dinheiro vivo.

Em virtude da comunicação da Unidade de Inteligência Financeira (COAF), o Ministério Público Federal requisitou a quebra de sigilo bancário e fiscal argumentando:

- 1) que "o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão do Ministério da Fazenda, no exercício de suas atribuições, estabelecidas no art. 14 da Lei n. 9.613/98, identificou operações financeiras suspeitas em contas correntes de titularidade de TEREZA CRISTINA MURAD SARNEY, FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, TELEVISÃO MIRANTE LTDA, GRÁFICA ESCOLAR S.A, SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA e EDUARDO CARVALHO LAGO";
- 2) que, "segundo o relatório do COAF, EDUARDO CARVALHO LAGO efetuou transferência de sua conta corrente mantida no HSBC (...), via TED, a favor da conta corrente da empresa GRÁFICA ESCOLAR LTDA, no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em 23.10.2006";
- 3) que "no dia seguinte, 24.10.2006, o mesmo valor foi devolvido à conta corrente de EDUARDO LAGO, o qual transferiu nessa data, via TED, para conta corrente conjunta de TERESA CRISTINA MURAD SARNEY e FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY, respectivamente sócia e ex-sócio da GRÁFICA ESCOLAR S.A. Tal montante foi sacado por FERNANDO JOSÉ MACIEIRA SARNEY em 25.10 e 26.10, nos valores em espécie de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais) e R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais), respectivamente. A conta bancária utilizada para o saque dos valores foi a de n. (...).",

Após serem mantidos presos por aproximadamente um ano, apesar de inúmeros recursos da defesa, encontravam-se temporariamente sob escolta da Polícia no hospital Santa Cruz, em Curitiba, para tratamento médico, medida essa determinada pelo Supremo Tribunal Federal, por cautela, diante do estado de saúde dos presos. No dia 02 de julho de 2007, aproveitando-se de falhas graves da escolta implementada, fugiram.

Dentre as falhas da escolta que foram apuradas, estavam o fato de ser realizada por apenas um policial em turnos de 24 horas, a realização da vigilância, com frequência, a partir de ponto em que não era possível visualizar as duas entradas do quarto, a manutenção das chaves do quarto com os próprios presos, a circulação dos presos no hospital desacompanhados da escolta, a inexistência de vigilância ininterrupta, a permissão de visitas indiscriminadamente (sem limites, revista, identificação ou registros) e a falta de conferência dos presos no momento da substituição da escolta.

- 4) que "registrou, ainda, o COAF o saque das importâncias em espécie de R\$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) em 27.09, R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais) em 25.10, R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em 26.10 e R\$ 132.450,00 (cento e trinta e dois mil, quatrocentos e cinquenta reais) em 27.10. Tais retiradas se deram em contas correntes da TELEVISÃO MIRANTE LTDA, pelas pessoas TERESA CRISTINA FERREIRA LOPES e CARLOS HENRIQUE CAMPOS FERRO. O relatório aponta que FERNANDO SARNEY é sócio da empresa TELEVISÃO MIRANTE LTDA e informa as contas bancárias em que foram sacados os citados valores: (...).
- 5) que "também registrou o saque de R\$ 100.00,00 (cem mil reais), em 27.10, realizado por TEREZA CRISTINA FERREIRA LOPES da conta corrente da empresa SÃO LUÍS FACTORING E FOMENTO MERCANTIL LTDA, cuja sócia majoritária é TERESA CRISTINA MURAD SARNEY. A conta corrente cuja importância foi sacada é a de n. (...).
- 6) que, "há, diante da vultosa movimentação em dinheiro, indicativos da possível prática de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90) e lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98), a demandar o aprofundamento da apuração", razão pela qual "impõe-se a flexibilização do sigilo bancário como forma de averiguar a ocorrência dos ilícitos acima descritos, a teor do previsto na Lei Complementar n. 105/2001"(art. 1º,parágrafo 4º, VII e VIII).

A partir das provas carreadas pela quebra de sigilo bancário e fiscal, seguidas do monitoramento telefônico, constatou-se que a São Luis Factoring fundada em 2000, com capital social de R\$ 500 mil divididos entre Teresa Cristina Murad Sarney (80%), e José Odilon Soares Filho, tinha por único objetivo montar uma engenharia financeira que permitisse a formação de um “caixa 2” para as empresas do grupo familiar - Gráfica Escolar S.A, e Televisão Mirante Ltda - nas quais o casal Teresa e Fernando eram proprietários.

Em 28/09/2008 o Ministério Público Federal denunciou Fernando Sarney e outras quinze pessoas por formação de quadrilha, crimes contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional, lavagem de dinheiro e falsidade ideológica. Na mesma operação, o Jornal Nacional apresentou gravações que demonstram a intervenção de José Sarney junto a Agaciel Maia para conseguir um cargo para o namorado de sua neta no Senado Federal, nomeado mediante ato secreto¹³⁹. Essa conversa é ilustrativa para demonstrar a promiscuidade das relações da âmbito público e privado no país.

No *habeas corpus* impetrado em favor de João Odilon Soares Filho a Sexta Turma STJ anulou as provas da operação. Em suma, os julgadores decidiram que o Relatório do COAF seria apto para deflagrar o inquérito policial, mas não seria suficiente para ensejar a quebra de sigilo fiscal. A nulidade das provas também se embasou na “fundamentação inidônea” da decisão judicial que determinou as quebras de sigilo, a qual não teria se respaldado em elementos concretos para tal

¹³⁹ Jornal Nacional, 22.07.2009, disponível no site <http://jornalnacional.globo.com/Telejornais/JN/0,,MUL1239583-10406.00-GRAVACOES+LIGAM+SARNEY+A+CONTRATACOES.html> acessado em 8 de abril de 2013.

medida. Assim, o juiz de primeiro grau de jurisdição não teria demonstrada a pertinência da quebra fiscal com o contexto concreto dos fatos.

Por essa razão, em tese, não teria restado demonstrada a imprescindibilidade do afastamento do sigilo fiscal, que não pode ser usada como uma “devassa indiscriminada sob pena de ofensa à garantia constitucional da intimidade e da privacidade”. Esses fatos teriam maculado as provas que seguiram relacionadas às quebras de sigilo telemático e telefônico dos envolvidos em virtude da falta de demonstração inequívoca sobre a pertinência do gravoso meio de prova.”

Seguem alguns trechos da submenta:

(...)

3. Representação da quebra de sigilo fiscal, por parte da autoridade policial, com base unicamente no Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Representação policial que reconhece que a simples atipicidade de movimentação financeira não caracteriza crime. Não se admite a quebra do sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos (medida excepcional) como regra, ou seja, como a origem propriamente dita das investigações. Não precedeu a investigação policial de nenhuma outra diligência, ou seja, não se esgotou nenhum outro meio possível de prova, partiu-se, exclusivamente, do Relatório de Inteligência Financeira encaminhado pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) para requerer o afastamento dos sigilos. Não foi delineado pela autoridade policial nenhum motivo sequer, apto, portanto, a demonstrar a impossibilidade de colheita de provas por outro meio que não a quebra de sigilo fiscal. Não demonstrada a impossibilidade de colheita das provas por outros meios menos lesivos, converteu-se, ilegitimamente, tal prova em instrumento de busca generalizada. Idêntico raciocínio há de se estender à requisição do Ministério Público Federal para o afastamento do sigilo bancário, porquanto referente à mesma questão e aos mesmos investigados.

4. O outro motivo determinante da insubsistência/inconsistência da prova ora obtida diz respeito à inidônea fundamentação, desprovida de embasamento concreto e carente de fundadas razões a justificar ato tão invasivo e devassador na vida dos investigados. O ponto relativo às dificuldades para a colheita de provas por meio de procedimentos menos gravosos, dada a natureza das ditas infrações financeiras e tributárias, poderia até ter sido aventado na motivação, mas não o foi; e, ainda que assim o fosse, far-se-ia necessária a demonstração com base em fatores concretos que expusessem o liame entre a atuação dos investigados e a impossibilidade em questão. A mera constatação de movimentação financeira atípica é pouco demais para amparar a quebra de sigilo; fosse assim, toda e qualquer comunicação do COAF nesse sentido implicaria, necessariamente, o afastamento do sigilo para ser elucidada. Da mesma forma, a gravidade dos fatos e a necessidade de se punir os responsáveis não se mostram como motivação idônea para justificar a medida, a qual deve se ater, exclusiva e exaustivamente, aos requisitos definidos no ordenamento

jurídico pátrio, sobretudo porque a regra consiste na inviolabilidade do sigilo, e a quebra, na sua exceção.

(...)

5. Todas as demais provas que derivaram da documentação decorrente das quebras consideradas ilícitas devem ser consideradas imprestáveis, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada. 6. Ordem concedida para declarar nulas as quebras de sigilo bancário, fiscal e de dados telefônicos, porquanto autorizadas em desconformidade com os ditames legais e, por consequência, declarar igualmente nulas as provas em razão delas produzidas, cabendo, ainda, ao Juiz do caso a análise de tal extensão em relação a outras, já que nesta sede, de via estreita, não se afigura possível averiguá-las; sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes.

(HC 191.378/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 05/12/2011)

Antes de adentrar no exame da fundamentação exarada no acórdão para anular toda a operação, vale frisar o tempo recorde em que o *habeas corpus* tramitou no STJ. O relator do processo, Ministro Sebastião Reis Júnior, demorou apenas seis dias¹⁴⁰ para estudar as 7.068 páginas de processo e elaborar um voto de 54 páginas em que anulou a operação inteira alegando ser ilegal a quebra de sigilo baseada em relatório do COAF.

Posteriormente, o Ministro Sebastião Reis Junior também relatou a anulação das provas da Operação Suiça, em 27 de agosto de 2013.

O voto de Sebastião Reis Junior foi seguido por unanimidade pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze e Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJ/RS.

Segundo o voto de Reis:

Está claro que nem na requisição do Ministério Público Federal, reproduzida em sua quase totalidade na decisão acima transcrita, nem na própria decisão há qualquer referência a outras investigações ou quanto à impossibilidade de se utilizar outros meios de prova para se apurar os fatos descritos pelo COAF. Os fundamentos, do pedido e da decisão, foram,

¹⁴⁰ Conforme notícia veiculada no jornal “O Estado de São Paulo” em 20 de setembro de 2011:

“A mesma 6.^a Turma que anulou sem muitas discussões as provas da Operação Boi Barrica levou aproximadamente dois anos para julgar o processo que contestou as provas da Castelo de Areia. A relatora do processo, ministra Maria Thereza de Assis Moura, demorou oito meses para estudar o caso e elaborar seu voto.

O processo de anulação da Satiagraha tramitou durante um ano e oito meses no STJ. O relator, Adilson Macabu, estudou o processo por cerca de dois meses e meio até levá-lo a julgamento. Nos dois casos, houve pedidos de vista de ministros interessados em analisar melhor o caso.

O relator do processo contra a Operação Boi Barrica, ministro Sebastião Reis Júnior, demorou apenas seis dias para estudar o processo e elaborar um voto de 54 páginas em que julgou serem ilegais as provas obtidas com a quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico dos investigados. E de maneira inusual, dizem ministros do STJ, o processo foi julgado em apenas uma sessão, sem que houvesse nenhuma dúvida ou discordância entre os três ministros que participaram da sessão.” Jornal “O Estado de São Paulo”. Disponível no site <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,processo-que-anulou-provas-da-pf-na-boi-barrica-correu-em-tempo-recorde-,775237,0.htm> acesso em 8 de abril de 2013.

exclusivamente, as informações do COAF e a simples referência a dispositivos legais, além da conclusão totalmente subjetiva e desacompanhada de qualquer elemento concreto de que as movimentações financeiras atípicas deveriam ser investigadas por terem ocorrido em período pré-eleitoral.

Além de celeridade incomum ao feito envolvendo réus soltos, constata-se outras peculiaridades do caso, como a participação de apenas três julgadores e a ausência da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que se declarou impedida, e do Ministro Og Fernandes, que se declarou suspeito.

Não suficiente, durante as investigações, o Jornal O Estado de São Paulo foi impedido por decisão judicial de noticiar a operação Faktor em 31 de julho de 2009. A decisão, que atendeu ao pedido de Fernando Sarney, foi tomada em menos de 24 horas pelo desembargador do TJ DF Dácio Vieira, o qual foi assessor jurídico do próprio Senado Federal e apareceu em foto na imprensa ao lado de Fernando Sarney e Agaciel Maia em um casamento.

Analisando a questão de fundo, constata-se novamente que o *habeas corpus* foi utilizado com a sua finalidade desviada, adentrando em questões aprofundadas do mérito da prova penal, suprimindo a apreciação das instâncias inferiores. No caso, inexistia qualquer ameaça real à liberdade de locomoção dos envolvidos, e o feito, mesmo sem envolver réus presos, foi apreciado em tempo recorde como salientado.

No que se refere ao mérito propriamente dito, o relatório do COAF informava que o investigado Fernando Sarney havia sacado na “boca do caixa” a quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões) de reais. Logicamente, tal operação evidenciava que o destinatário do dinheiro não poderia ser descoberto. Trata-se de tipologia clássica de lavagem de dinheiro, não cabendo, no caso concreto, o argumento de que a comunicação do COAF não representa crime. Ademais, o COAF se trata de órgão de inteligência que visa municiar os órgãos de apuração de elementos para apuração de crimes financeiros.

Novamente, entre outros argumentos utilizados, o relator aduziu que “a fundamentação utilizada não foi suficiente”. Ora, como salientado no tópico anterior, mais uma vez se utilizam de cláusulas abertas e conceitos fluídos para decretar a impunidade de um grande esquema de corrupção.

Também não se entende que diligência o douto relator esperava que fosse tomada ao ter-se a notícia de que o investigado sacou R\$ 2 milhões em espécie, a não ser a quebra de sigilo bancário e fiscal. Aliás, diga-se de passagem, é questionável o nível de invasão de privacidade de tal diligência, mormente em casos em que agentes públicos estão envolvidos.

Finalmente, o argumento de que as medidas não poderiam ter sido requeridas sem “o prévio esgotamento de todos os meios de prova ‘disponíveis’ e sem a demonstração da inviolabilidade da produção da prova por outros meios e da imprescindibilidade das medidas executadas para o fim de provar os fatos da investigação” se demonstra frágil, tendo em conta que a única forma de que desvendar operações bancárias ilícitas é por meio da quebra do sigilo bancário e fiscal.

Em 02/02/2012 o vice-presidente do STJ, Feliz Fischer, aceitou o recurso extraordinário impetrado pelo Ministério Público Federal, estando pendente de análise a questão pelo Supremo Tribunal Federal por meio do RE 695721, de relatoria do Min. Dias Toffoli, desde o dia 25.06.2012 sem nenhuma outra movimentação.

Todo esse conjunto fático demonstra a existência de diversas influências extraprocessuais que contribuíram para o resultado do julgamento.

5. OUTROS CASOS

Ao consultar a história dos escândalos dos crimes de colarinho branco no Brasil no passado recente, verifica-se que a maior parte acabou na impunidade dos envolvidos, seja pelo advento da prescrição, seja pela anulação de provas mediante *habeas corpus* no STJ.

Como exemplos de outros casos que tiveram as suas provas anuladas mediante *habeas corpus* no STJ por supostos vícios na investigação, especialmente nas escutas telefônicas, podem-se citar os seguintes: 1) Operação Dilúvio/PR (2006)- fraudes em importações. Anulada pelo STJ em 2010 por intermédio do HC nº 142045/PR, de relatoria do Ministro Nilson Naves; 2) Operação Poseidon/ES (2012)- fraudes em importações. Anulada pela Justiça Federal do Espírito Santo nos autos nº 2009.34.00009482-5 em 2014 sob argumento que se tratava de um desdobramento da Operação Dilúvio; 3) Operação Diamante/GO (2003)- esquema de venda de sentenças para traficantes envolvendo supostamente os Desembargadores Federais Tourinho Neto e Eustaquio Oliveira, como também o Ministro afastado do STJ Vicente Leal. Eustaquio e Leal¹⁴¹ foram aposentados compulsoriamente em 2003 pelo TRF da 1ª Região e pelo STJ, respectivamente, por supostas vendas de sentenças ao traficante Leonardo Dias Mendonça. Anulada em 2009 pelo STJ por intermédio do HC 88825 impetrado perante a Quinta Turma, de relatoria do Ministro Arnaldo Esteves Lima; 4) Operação Suíça (2006) que investigou denúncias de remessa ilegal de valores à

¹⁴¹ Em comunicado do dia 26/06/2012, o STJ frisou que a investigação em face do ex-Ministro foi arquivada e que jamais restou provada a sua participação nos fatos. Disponível no site http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/%C3%A9Altimas/Arquivado-inqu%C3%A9rito-contra-o-ministro-Vicente-Leal-por-aus%C3%Aancia-de-justa-causa-para-a-instaura%C3%A7%C3%A3o-de-a-%C3%A7%C3%A3o-penal acessado em 6/05/2015.

Suíça pelo banco Credit Suisse. Foi anulada em 2013 por intermédio do HC nº 131.225 impetrado na Sexta Turma do STJ, em *writ* de relatoria do Ministro Sebastião Reis.

Na Segunda Turma do STF, em dezembro de 2014, mediante o *habeas corpus* nº 106.556, foi anulada a Operação Chacal, originária da Operação Satiagraha.

Outros escândalos públicos que envolveram crimes do colarinho branco, em que pese não terem sido anulados, caminham a passos largos para a prescrição e impunidade, e até o presente momento, mesmo sendo amplamente divulgados praticamente nenhuma punição tiveram:

1) Operação Anaconda/SP 2003- venda de sentenças do ex-juiz João Rocha Mattos- sentença condenatória em 2006, aguarda julgamento de apelação no TRF da 3ª Região;

2) Caso Tucmann- Redram/PR (1998)- concessão de empréstimos fraudulentos na agência Banestado *Caymann* para supostamente abastecer a campanha política do ex-Governador Jaime Lerner do Paraná em 1998- sentença condenatória por corrupção em crimes financeiros proferida em 2006. Recente decisão de publicação do acórdão dos embargos infringentes no TRF 4 em 17 de julho de 2014. Decisão que declarou a prescrição dos crimes em relação à parte dos réus;

3) Caso Paulo Maluf/SP (1998)- desvios milionárias envolvendo obras públicas durante a sua administração na Prefeitura de São Paulo em 1998. Denunciado em dezembro de 2006 pelo MPF/SP por peculato e crimes financeiros. Diante de sua diplomação como deputado federal, a acusação foi remetida ao STF. A inicial acusatória recebida pelo STF somente em setembro de 2011. Aguarda julgamento. Já completou 70 (setenta) anos. Possivelmente será agraciada pela prescrição retroativa;

4) Caso Monica Veloso/DF (2007)- envolvia pagamento de pensão para o filho do presidente do Senado Renan Calheiros por meio de “sacos” de dinheiro pagos por um lobista ligado à empreiteira Mendes Junior, sem origem declarada. Denúncia por peculato e falsidade ideológica oferecida no STF em janeiro de 2013. Aguarda recebimento;

5) Caso Mensalão do DEM/ DF (2010)- trata-se de um esquema de compra de apoio político dos deputados distritais ligados ao ex-Governador do DF, José Arruda. O fato ganhou notoriedade com o vídeo de Arruda recebendo dinheiro do delator do esquema, Durval Barbosa, bem como pela prisão do Governador decretada em 10 de fevereiro de 2010 pelo STJ, pela tentativa de suborno do jornalista Edmilson Edson dos Santos, o Sombra. A denúncia por corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e formação de quadrilha foi oferecida pela PGR em 2012 perante o STJ. Contudo, houve desmembramento do feito, que continuou tramitando na instância superior apenas em relação ao Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Domingos Dias. O processo referente aos outros 36 envolvidos foi enviado para a primeira instância da Justiça do Distrito Federal, que recebeu a inicial acusatória somente em abril de 2014;

6) Caso Carlinhos Cachoeira/ Operação Monte Carlo/GO (2012)- operação da Polícia Federal deflagrada fevereiro de 2012. Desmontou uma organização de exploração de máquinas de caça-níquel no Estado de Goiás por 17 anos. Interceptações telefônicas atingiram o ex-senador Demóstenes Torres (DEM-GO), como também evidenciaram a conexão de Cachoeira com Fernando Cavendish, da Delta, construtora que mais mantinha contratos com o Governo Federal na época.

Em novembro de 2012, o Desembargador Federal Tourinho Neto, do TRF da 1ª Região, concedeu a liberdade a Carlos Cachoeira. O mesmo magistrado havia votado, em junho de 2012, pela nulidade total das provas da operação argumentando que o juiz de primeiro grau de jurisdição “não fundamentou suficientemente a medida de quebra de sigilo”. Em dezembro de 2012, Cachoeira foi condenado pela Justiça Federal da Goiás a 39 anos de prisão por corrupção ativa, lavagem de dinheiro, peculato e formação de quadrilha. Teve novo mandado de prisão expedido em seu desfavor em 7 de dezembro de 2012, obtendo, na sequência, em 11 de dezembro de 2012, nova ordem de soltura emanada do Desembargador Federal Tourinho Neto.

Com a consulta de fontes abertas, mormente na Rede de Escândalos da Revista Veja, disponível no site <http://veja.abril.com.br/infograficos/rede-escandalos/>, como também a linha do tempo do Museu da corrupção, disponível no site www.muco.com.br, constata-se a existência de incontáveis escândalos de corrupção no Brasil cujo principal efeito foi uma crise política passageira e, às vezes, a demissão de alguns envolvidos.

Na Revista Eletrônica Conjur, em matéria de 4 de setembro de 2011¹⁴², estão compiladas informações de grandes casos de corrupção descobertos no país nas últimas décadas, desde o Caso Collor até o Mensalão:

Entre os mais rumorosos processos de corrupção que se arrastam nos tribunais está o esquema montado pelo empresário Paulo César Farias, ex-tesoureiro da campanha de Fernando Collor de Mello à presidência, para desviar dinheiro público e arrecadar propinas. Ele foi denunciado pelo irmão caçula do já presidente e o levou ao impeachment em 1992. Dos 27 réus, só nove foram condenados, sendo que destes só quatro de forma definitiva.

Collor foi absolvido da acusação de corrupção passiva por falta de provas no STF, e condenado por razões tributárias em 2005, mas a sentença foi anulada e o crime considerado prescrito. PC Farias foi condenado em dois casos e cumpriu pena em regime semi-aberto até receber liberdade condicional. Em 1996 foi assassinado ao lado da namorada. Seu sócio, Jorge Bandeira de Mello tem três condenações, das quais uma já prescreveu.

¹⁴² Jornal “Folha de São Paulo”, reportagem **Contribuinte paga por exageros das operações da PF** de 4 de setembro de 2011 disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-set-04/uniao-pago-carro-fracassos-operacoes-policia-federal>

No ano seguinte, foi a vez dos anos do orçamento. Um assessor da Comissão de Orçamento do Congresso revelou a existência de um esquema em que parlamentares desviavam dinheiro do Orçamento da União para laranjas e parentes por meio de emendas parlamentares. Seis deputados foram cassados e perderam o mandato. Dos 31 réus, 13 tiveram os supostos crimes prescritos, e só nove foram condenados, destes três definitivamente.

O dinheiro obtido com lançamento de títulos da Prefeitura de São Paulo para pagamento de precatórios foi usado em obras superfaturadas nos governos de Paulo Maluf e Celso Pitta. Há indícios de desvio de recursos para contas no exterior por meio de doleiros, empresas fantasmas e laranjas. Dos 17 réus, dois foram absolvidos e três condenados.

Em 2000 foi cassado pelo Senado Federal o empresário e dono de uma das construtoras que recebeu dinheiro pelo desvio de cerca de R\$ 923 milhões da construção superfaturada do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, Luiz Estevão. Dos quatro réus, todos foram condenados mas ainda recorrem na Justiça.

O caso da Sudam, descoberto em 2001 tratou de fraude envolvendo políticos, empresários e servidores que desviou dinheiros dos cofres da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia. Dos 143 réus, dois foram absolvidos, um condenado ainda recorre e quatro pessoas tiveram suas acusações prescritas.

Em 2003, investigações da Polícia Federal chamadas de Operação Anaconda descobriram, por meio de escutas telefônicas, indícios de extorsão e venda de sentenças judiciais. Dos 13 réus, seis foram condenados (ainda recorríveis) e quatro absolvidos. Dentre eles, o ex-juiz federal João Carlos da Rocha Mattos, acusado de ser o mentor do esquema, cumpre prisão domiciliar.

Em 2005 estourou o Mensalão, esquema montado com ajuda de bancos e empresários para financiar o PT e partidos aliados ao governo no primeiro mandato do ex-presidente Lula. O caso deverá ser julgado pelo STF em 2012.

No ano seguinte foi descoberta a Máfia das Sanguessugas, sobre fraude em emendas ao Orçamento que envolveu mais de 100 congressistas e assessores, acusados de receber propina de empresa que vendia ambulâncias superfaturadas para prefeituras. Dos 533 réus, dez foram absolvidos e 22 condenados — destes só dois de modo definitivo.

Após a Operação Navalha, em 2010 foi a vez do Mensalão do DEM. Denunciado por um assessor do governo do Distrito Federal, o esquema de pagamento de propinas de empresários a integrantes do governo ficou célebre pelos vídeos que mostram o ex-governadores José Arruda e outros envolvidos recebendo pacotes de dinheiro em seus gabinetes. Dois promotores são réus de ação penal e a denúncia contra os demais envolvidos deve ser apresentada até o final de 2011 ao STJ.

Salvo raríssimas exceções, como nos casos de Toninho Barcelona, do banqueiro Cacciola, e da recente expedição de mandado de prisão em face do ex-senador Luiz Estevão (condenado em regime semi-aberto), do ex-deputado federal Nathan Donadon, e dos condenados no processo do Mensalão, os casos de crimes de colarinho branco não resultam em sentença penais condenatórias transitadas em julgado e em execução penal de pena privativa de liberdade.

As dificuldades operacionais dessa luta contra o “sistema” foram tratadas pelo procurador regional da República Vladimir Aras¹⁴³:

No esforço do Ministério Público e de outras autoridades públicas contra os crimes de colarinho branco sempre há momentos de tensão e outros de frustração. É uma luta difícil contra um sistema processual muitas vezes tolerante com os ilícitos dos estamentos superiores do poder político e econômico. Basta ver o histórico de grandes operações do passado, muitas das quais não chegaram a bom termo, para verificar como certas técnicas estereótipas foram alçadas à condição de garantias fundamentais à dignidade da pessoa humana, com o propósito de fazer ruir casos sólidos como concreto e aço. Mas creio que estamos numa nova quadra. A experiência adquirida pelo MPF e pelo Poder Judiciário na ação penal 470 e na ação penal 396 (caso Natan Donadon), para citar dois casos recentes, servem de norte para uma persecução mais eficiente, tendo em mira o enfraquecimento de esquemas de corrupção enraizados no País e que são tão disseminados quanto as saúvas.

O próprio “Caso Banestado”, maior esquema de lavagem de dinheiro e evasão de divisas já desvendado no país já teve decretada a prescrição das condenações em face dos principais operadores do esquema, enquanto os recursos especiais aguardavam julgamento no STJ¹⁴⁴.

¹⁴³ Anatomia da Operação Lava Jato, Interesse Público, VASCONCELOS, Frederico, Jornal Folha de São Paulo, 16/11/2014.

¹⁴⁴ Sobre o tema, a notícia do Jornal Gazeta do Povo de 24/4/2013 com o título Prescrição “livra” réus do Banestado. Quinze pessoas, entre ex-diretores e ex-gerentes da instituição, foram condenadas por evasão de divisas e gestão fraudulenta.

A lentidão da Justiça premiou com a impunidade sete ex-diretores e ex-gerentes do Banestado condenados em um dos processos do escândalo das contas CC5. Como o prazo de execução de suas penas já prescreveu, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) extinguiu a punição aos condenados, revelou ontem a Folha de S.Paulo.

Outros três ex-funcionários do banco (um diretor, um gerente e um assessor) foram parcialmente beneficiados, tendo parte da pena extinta – e podem se ver completamente livres da cadeia caso a decisão final do processo não saia até 2016.

Ao todo, quinze ex-funcionários do banco paranaense, privatizado em 2000, foram condenados por evasão de divisas e gestão fraudulenta. A maioria teve sua primeira condenação em agosto de 2004. Mas, conforme declarou o STJ em 19 de março, os crimes com penas de até quatro anos prescreveram em agosto de 2012, oito anos depois.

Para as penas superiores a quatro anos, o prazo de prescrição é de 12 anos. Dessa forma, se até 2016 o processo não transitar em julgado (com decisão definitiva, sem possibilidade de novos recursos), mais três condenados podem ter suas penas completamente extintas.

Um especialista consultado pela Gazeta do Povo diz que um detalhe escapou ao STJ. Um dos sete réus que teve a pena completamente extinta foi condenado pela primeira vez apenas em 2006 – em tese, portanto, a prescrição de sua pena ocorreria só em 2014.

Com base em investigações feitas em 2003 por uma força-tarefa do Ministério Público Federal (MPF) e da Polícia Federal, 14 ex-funcionários do Banestado foram condenados em 2 de agosto de 2004 pelo juiz Sergio Moro, da 2.^a Vara Criminal Federal de Curitiba, por evasão de divisas, gestão fraudulenta e formação de quadrilha.

Uma das poucas execuções penais de sentenças transitadas em julgado do Caso Banestado, do doleiro Paulo Krug, teve a execução penal suspensa após uma liminar em *habeas corpus* do Min. Ricardo Lewandowski do Supremo Tribunal Federal em 13/12/2013. Ainda do Caso Banestado, o notório episódio do grampo ilegal no gabinete do juiz federal Sergio Fernando Moro, teve sentença condenatória proferida em abril de 2006 e, foi finalizado em 2014, com a decretação da prescrição retroativa, jamais resultando em execução penal.

Em razão de tudo isso, pode-se concluir que a repressão ao crime de colarinho branco, no Brasil, trata-se de tarefa difícil. Existe todo um aparato institucionalizado para possibilitar a impunidade, o que dificulta ou torna quase impossível a pretensão de responsabilizar penalmente de forma efetiva os criminosos do colarinho branco. Além disso, os réus detentores do poder econômico quando são finalmente presos ficam depressivos e necessitam de atendimento médico permanente. Ademais, não raras vezes, eles pleiteiam e conseguem regime de prisão domiciliar como ocorreu com o juiz Nicolau dos Santos Neto e com José Genoíno, bem como foi tentado pelos réus do caso *Sundown* e pelo próprio Carlos Cachoeira.

CONCLUSÃO.

A partir do presente estudo, é possível concluir que há necessidade da racionalização e adequação do *habeas corpus* às suas finalidades precípuas de tutela da liberdade de locomoção, sendo que o discurso de tutela das garantias individuais não pode servir para legitimar o seu uso ilimitado. Assim, devem-se assegurar à sociedade outros valores também constitucionalmente garantidos como direitos fundamentais de toda a coletividade, como a duração razoável do

processo, a adequada prestação da tutela jurisdicional, o direito à segurança pública e à moralidade administrativa.

A banalização do *habeas corpus* para legitimar qualquer insurgência defensiva ocasiona diversos problemas processuais e contribui para o assoberbamento do Poder Judiciário. Em outras palavras, a ampliação do *habeas corpus* para atacar qualquer decisão judicial, mesmo no bojo do inquérito policial, viola inúmeros princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, bem como acaba por contribuir ainda mais para a morosidade do sistema processual penal.

Cria-se, dessa forma, um verdadeiro “indevido” processo legal com duração infinitiva.

É louvável a iniciativa de restringir o cabimento do *habeas corpus* como substituto do recurso ordinário. Contudo, tal medida se mostrará inócua se ao mesmo tempo em que os tribunais não conhecem o remédio constitucional, concedem a ordem de ofício sob a fundamentação de conceitos abertos de “teratologia” ou “manifesta ilegalidade”, o que dá margem para um subjetivismo nas decisões judiciais.

O uso abusivo do *habeas corpus* se liga diretamente com a seletividade penal dos crimes do colarinho branco quando se constata que tal remédio constitucional é utilizado para garantir a impunidade dos delitos praticados pelas classes mais abastadas.

O levantamento de dados de processos prescritos ou anulados envolvendo a criminalidade do colarinho branco, associado às escassas condenações existentes nos processos envolvendo autoridades com foro por prerrogativa de função, demonstra como a seletividade penal dos delitos econômicos se manifesta. As ações penais se arrastam durante anos nas instâncias superiores, especialmente pela benevolência judicial na aceitação nas mais diversas modalidades de recursos, mesmo nos feitos de competência originária criminal, permitindo a eternização dos conflitos e infinidade de reanálises.

Tudo isso indica que o grande problema da impunidade no Brasil é o processo.

Com efeito, a possibilidade de análise da mesma tese defensiva por quatro instâncias judiciais acarreta uma manifestação da seletividade econômica, mormente porque proporciona, quase sempre, tão somente ao réu abastado economicamente o acesso a bons advogados, tecnicamente mais preparados e capazes de levar o inconformismo até as instâncias superiores. Isso demonstra que a seletividade do tratamento conferido aos réus menos abastados se inicia já com o acesso ineficaz à justiça.

Conclui-se também que outras propostas de alteração da Constituição e da legislação processual penal podem trazer resultados efetivos.

Merecem destaque as PECs que visam limitar o foro por prerrogativa de função, restringir às competências do Supremo Tribunal Federal à função precípua de guardião da Constituição,

como também a proposta endossada pelo ex-Ministro Cezar Peluso, que visa antecipar a trânsito em julgado dos processos para os tribunais inferiores.

Na esfera de propostas legislativas, é interessante o projeto do Novo Código do Processo Penal, mormente no que se refere à limitação do uso do *habeas corpus* às finalidades constitucionalmente previstas, e à restrição do uso abusivo de recursos como embargos declaratórios e embargos infringentes. Com o mesmo escopo, a aprovação das medidas propostas pelo Ministério Público Federal para o combate à corrupção será um significativo avanço na prevenção e repressão à corrupção, podendo ter um forte impacto nos índices desse crime e levar o país a uma nova posição no cenário internacional.

Entretanto, nenhuma dessas boas medidas inovadoras terá êxito enquanto não houver uma verdadeira vontade política de tornar o sistema processual penal efetivo.

Pelo estudo de casos tratados, verifica-se a existência de um vasto conjunto de fatos indicando que há uma seletividade penal no julgamento de *habeas corpus* relativos a crimes do colarinho branco no Superior Tribunal de Justiça.

Os dados demonstraram que nos últimos anos sete grandes casos de crimes contra a administração pública tiveram suas provas anuladas no STJ, sendo que muitas vezes o mesmo argumento jurídico utilizado para anular ações penais de crimes do colarinho branco não valeu para situações similares que examinaram crimes praticados pela classe mais pobre, conforme demonstrado no cruzamento dos precedentes colacionados.

Ademais, a análise demonstrou que, não raramente, os próprios julgadores mantêm algum tipo de relação com os réus poderosos, isso quando não declaram impedimento ou suspeição por motivo de foro íntimo para julgar tais pessoas.

Nesses casos, o conjunto de fatos demonstrou um Tribunal retrógrado, conservador e perpetuador de impunidade.

Como medida de evolução, seria interessante seguir o exemplo do direito anglo-saxão no que se refere à limitação da reanálise da causa provável utilizada como fundamentação do juiz de primeiro grau de jurisdição para a decretação de medidas invasivas como meios de prova. Nela, os tribunais não se imiscuem nos critérios de fundamentação utilizados pelo juízo de primeiro grau de jurisdição para fundamentar a necessidade de restrição de garantias individuais, salvo quando extrapolam a função jurisdicional.

Do contrário, a manter o atual sistema brasileiro, onde se permite que os motivos determinantes da decisão do juízo monocrático de decretação de quebras de sigilo sejam reapreciados por mais três instâncias e uma dezena de julgadores, há manifesta insegurança jurídica e procrastinação excessiva dos processos criminais. Deve-se, ainda, ressaltar a importância

da ponderação de valores e da aplicação do princípio da proporcionalidade na admissão de provas ilícitas em casos excepcionais, teoria já aceita e incorporada em ordenamentos jurídicos europeus e no direito anglo-saxão.

Imprescindível mencionar que não se está aqui a advogar uma limitação arbitrária no uso do *habeas corpus*, remédio constitucional de importância essencial para a garantia do direito fundamental à liberdade de locomoção. O que se pretendeu é demonstrar que o *habeas corpus* vem se distanciando de suas finalidades precípua de defesa da liberdade de locomoção para se transformar em um verdadeiro agravo inominado no processo penal, sendo impetrado para discutir qualquer insurgência defensiva, ainda que não exista ameaça concreta à liberdade de locomoção.

Deve-se salientar que no atual momento histórico a pressão popular e o controle social exercem papéis fundamentais para a efetiva fiscalização do cumprimento efetivo do papel das instituições democráticas. Acontecimentos recentes como o próprio julgamento do Mensalão tem demonstrado como a pressão popular ainda é uma das formas mais efetivas de controle da democracia. Mais recentemente, as manifestações populares colocaram a reforma política novamente na pauta do Congresso Nacional e ajudaram a sepultar a PEC que visava limitar os poderes investigatórios do Ministério Público. Possivelmente, os mesmos movimentos populares, mais bem informados, possam encampar algumas das propostas expostas no trabalho como medidas de racionalização do processo penal.

Já no cenário internacional, o contexto sociopolítico mundial enfatiza o fortalecimento das instituições públicas e o combate à corrupção como fator de desenvolvimento social. Prova disso são os inúmeros tratados internacionais que tratam do tema, o que evidencia que o esforço para conter a corrupção é globalizado, cabendo aos órgãos responsáveis pela persecução penal se adaptar a este novo paradigma.

O Brasil vive atualmente um momento histórico único. O maior escândalo de corrupção da história do país sangra os cofres da maior empresa estatal do país e põe à prova novamente a eficácia de um sistema processual penal de uma duvidosa eficácia e crônica benevolência com crimes econômicos que envergonham o país. De outro lado, é nos tempos de crise e dificuldade que surge a coragem para a mudança e inovação, tendo o país uma chance única de renovação na confiança das instituições públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. 3. ed. [Trad. do grego, intr. e notas por Mário da Gama Kury] Brasília: UNB, 1999.

BACILA, Carlos Roberto, **1968-Estigmas:um estudo sobre os preconceitos-** 3ed- Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal. v. I.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no habeas corpus: in dubio pro libertate.** In: Geraldo Luiz Mascarenhas Prado; Diogo Rudge Malan. (Org.). *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988.* 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Traduzido por Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATALHA, W. de S. C. **A Filosofia e a Crise do Homem.** São Paulo: RT, 1968.

BIANCHINI, Alice. **A seletividade do controle penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 30, p.63, abr/jun. 2000.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade.** 3. ed., Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRANCO, Tales Castelo, **Teoria e prática dos recursos criminais.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 165

CABRAL, Antonio de Passo, **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais-** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CARLI, Carla Veríssimo de (org.). **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

COLEMAN, James, **The Criminal Elite: the Sociology of White Collar Crimes.** 3ed. New York: St. Martin's Press, 1994.

DALLAGNOL, Deltan, **Informantes Confidenciais e Anônimos: perspectivas para atuação mais eficiente do Estado a partir de uma análise comparativa do tratamento jurídico nos EUA e no Brasil** in Ministério Público e o princípio da proteção eficiente. Curitiba: 2015.

DALLAGNOL, Deltan, MARTELLO, Orlando, **“Pronunciamento dos Procuradores da República responsáveis pelo Caso Sundown – um manifesto por uma melhor distribuição da Justiça Criminal”** disponível no site http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/sundown.pdf acessado no dia 17 de abril de 2013.

DOS SANTOS, Cynthia, **Habeas Corpus,** disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2862/Habeas-Corpus> acessado em 20 de janeiro de 2013.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **O direito penal do inimigo ou o discurso do direito penal desigual.** Artigo disponível no site http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf, acesso em 7 de maio de 2015.

DOS SANTOS GONÇALVES, Luiz Carlos. **O indevido processo legal dos processo que nunca terminam**. Publicado no site <http://justificando.com/2015/04/10/o-indevido-processo-legal-dos-processos-que-nunca-terminam/> acessado em 7/05/2015.

FELDENS, Luciano, Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco', Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e princípio da proporcionalidade: breve anotações de compreensão e aproximação de seus ideais**. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, Mar. 24, 2009 (Braz.), disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>.

FISCHER, D. **Recursos, Habeas Corpus e Mandado de Segurança no Processo Penal** - 2 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 5 ed. Petrópolis: Vozes (1987).

FREITAS, Vladimir Passos, **Trabalhos acadêmicos e realidade seguem caminhos divergentes**, artigo publicado no site Conjur no dia 31/08/2014, disponível <http://www.conjur.com.br/2014-ago-31/segunda-leitura-divergencias-entre-trabalho-academico-realidade> acessado em 1/09/2014.

GALLUCCI, Mariângela. **STF não pune autoridades e condenação no STJ chega a 1,5%**. Agência Estado, in Revista Jurídica Netlegis, 06-07-2007.

GOMES, Luiz Flavio, **Corrupção, foro por prerrogativa de função e juizado de instrução**, Revista Jus navegandi disponível <http://jus.com.br/artigos/10229/corruptao-foro-por-prerrogativa-de-funcao-e-juizados-de-instrucao> acessado em 1/02/2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal-Parte Geral**. Editora Impetus. Niterói: 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance, GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

GUARAGNI, Fabio, **Prescrição penal e impunidade**, Curitiba: Juruá, 2008.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Habeas Corpus: críticas e perspectivas** . 3. ed. Curitiba, Juruá, 2009.

HALLIDAY, Paul D. **Habeas Corpus: From England to Empire** . Cambridge: Harvard University Press, 2010.

HOBBS, Thomas, *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de uma República eclesiástica e civil* (org. por R. Tuck; trad. de J. P. Monteiro, M. B. Nizza da Silva e C. Berliner).São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JORNAL Folha de São Paulo, **Anatomia da Operação Lava Jato**, Interesse Público, VASCONCELOS, Frederico,16/11/2014.

Jornal “Folha de São Paulo”, reportagem **Contribuinte paga por exageros das operações da PF** de 4 de setembro de 2011 disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-set-04/uniao-pago-carro-fracassos-operacoes-policia-federal>

KAMISAR, Yale e outros. **Modern Criminal Procedures: Cases, Comments, Questions**. 10. ed. St. Paul: West Group, 2002.

LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges. **O foro por prerrogativa de função na Espanha**, Revista Custos Legis, ano 2012, disponível no site www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/...custos-legis/at.../publicacao acessado em 1/02/2015

MORO, Sergio Fernando. **Não é dos astros a culpa**. Jornal Folha de São Paulo, edição do dia 24/06/2014.

MORO, Sergio Fernando, BOCHENEK, Antonio Cesar. **O problema é o processo**. Jornal “O Estado de São Paulo. edição do dia 29 de março de 2015.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Habeas corpus**. 8. Ed. Barueri: Manole, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, FISCHER, Douglas, **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**- 5. Ed. Ver. E atual. Até fevereiro de 2013- São Paulo: Atlas, 2013.

PINHO, Alexandrino Augusto Ribeiro Gomes, **A questão da liberdade**, Estação Científica, Juiz de Fora, n. 4, abril/maio, 2007, disponível no site <http://portal.estacio.br/media/3327543/4-a-questao-liberdade.pdf>.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **História e Prática do Habeas corpus**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

QUEIROZ, Paulo, **Termo Inicial da prescrição da pretensão executória**. Artigo disponível in <http://pauloqueiroz.net/termo-inicial-da-prescricao-da-pretensao-executoria/> acessado no dia 22/09/2014.

Revista Eletrônica Conjur. **Entrevista Fausto de Sanctis**. Dia 14 de dezembro de 2014 disponível no site <http://www.conjur.com.br/2014-dez-14/entrevista-fausto-sanctis-desembargador-trf-regiao>

ROUSSEAU, Jean-Jacques, **Discurso sobre a origem das desigualdades (1754)**, Edição Riden-do Castigat Mores, São Paulo: 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOBRINHO, Mario Sergio. **O crime organização no Brasil**. In: FERNANDES, Antonio Scaran- ce; ALMEIA, Jose Raul Gavião; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.) Crime organizado: as- pectos processuais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição do ex- cesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005.

STRECK, Lênio Luiz, **Verdade e Consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lênio Luiz, “**As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**”, 2ª edição, 2001

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (eds.). **White-collar crime: classic and contemporary views**. Nova York: The Free Press, 1995, p. 29-38. Ed. orig.: 1940.

SUTHERLAND, Edwin H. Is “white-collar crime” crime? In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (eds.). **White-collar crime: classic and contemporary views**. Nova York: The Free Press, 1995, p. 38-49. Ed. orig. 1945.

SUTHERLAND, Edwin H. **White-collar crime – the uncut version**. Yale University Press, New Haven and London, 1983, P. 7. Ed. orig.: 1949.

VALE, Gustavo Henrique Moreira do, **A denúncia anônima no processo penal brasileiro**. In Boletim IBCCRIM – Ano 17 – nº 208 – março/2010.

VILHENA, Oscar. **Efetividade da Justiça**. Artigo publicado no Jornal Folha de São Paulo em 23/08/2014.

TORNAGHI, Helio, **Manual do Processo Penal (Prisão e Liberdade)**, Editora Livraria Freitas Basso, 1961.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. Editora Jalovi – 1986.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vols. 1 a 4. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRECHSEL, Stefan. **Human Rights in Criminal Proceedings**. Oxford University Press, 2005, p. 462-495

ZAFFARONI, Eugenio Raul, **O Inimigo do Direito Penal**, São Paulo: Revan, 2012.

TRECHSEL, Stefan. **Human Rights in Criminal Proceedings** . Oxford, University Press,2005.