

**FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO**

SAYURI JOANE BATISTA DE ALMEIDA

**AS PRISÕES CAUTELARES E A EXTENSÃO DE SEUS
PROPÓSITOS DENTRO DO CASO CONCRETO DA OPERAÇÃO
LAVA JATO**

VITÓRIA
2017

**FACULDADE DOCTUM DE VITÓRIA
CURSO DE DIREITO**



SAYURI JOANE BATISTA DE ALMEIDA

**AS PRISÕES CAUTELARES E A EXTENSÃO DE SEUS
PROPÓSITOS DENTRO DO CASO CONCRETO DA OPERAÇÃO
LAVA JATO**

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito
apresentado ao curso de Direito da Faculdade
DOCTUM de Vitória, como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Jardel Sabino de Deus

VITÓRIA
2017

**AS PRISÕES CAUTELARES E A EXTENSÃO DE SEUS
PROPÓSITOS DENTRO DO CASO CONCRETO DA OPERAÇÃO
LAVA JATO**



Sayuri Joane Batista de Almeida
Professor Orientador: Jardel Sabino de Deus
Professora de Metodologia: Marianne Rios de Souza Martins

RESUMO

Trata o presente trabalho de pesquisa de revisão bibliográfica sobre as prisões cautelares e a extensão de seus propósitos dentro do caso concreto da Operação Lava Jato. Foi abordado o caso concreto das decisões intermediárias proferidas no curso das investigações e dos respectivos processos penais da Operação Lava Jato e suas implicações que, na visão de alguns juristas, expandiram o propósito cautelar destas para não apenas resguardar as investigações e o devido processo legal mas, também, para a obtenção de provas, confissões e delações. Seu problema de pesquisa foram: os itens elencados no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 7.960/89 foram dilatados para que houvesse encaixe perfeito à vontade de municiar as peças acusatórias, ou mesmo indiciar acusados que antes não eram objetos pretéritos da investigação? Como hipótese, afirma-se que os fatos ocorridos no bojo da Operação Lava Jato, em especial os que refletem as decisões proferidas com o intuito de liminarmente prender investigados, instigam o pensamento de que a resposta à pergunta central do trabalho é que as prisões cautelares estão sendo utilizadas com o intuito, não apenas de preservar o processo investigativo penal propriamente dito, ou mesmo seu curso, mas principalmente como forma de levantar provas e forçar acordos de delações premiadas que *ajudem* nas investigações. Conclui-se que as inovações processuais penais aplicadas no âmbito da Operação Lavajato privilegiando a moralidade em detrimento da legalidade pode vir a resultar em um precedente para os próximos julgamentos, uma vez que as defesas poderão, com fundamento em jurisprudências prolatada pelos tribunais superiores como argumento de defesa cabível e válido, alterando-se a interpretação mais comumente aplicada no processo penal brasileiro, podendo tornar ainda mais complicado para o Estado atingir êxito em sua função de persecução penal, mantendo-se o quadro anterior de impunidade para aqueles criminosos que podem contratar e pagar por defesas técnicas especializadas.

Palavras-chave: Processo penal; legalidade. moralidade, Operação Lava Jato.

ABSTRACT

It deals with the present work of research of bibliographical revision on the precautionary prisons and the extension of its intentions in the concrete case of the Operation "Lava Jato". The concrete case of the interim decisions handed down in the course of investigations and the respective criminal proceedings of Operation "Lava Jato" was addressed to the implications that, in the opinion of some jurists, have expanded their precautionary purpose to not only safeguard the investigations and due process of law but also for the obtaining of evidence, confessions and delations. Its research problem was: the items listed in article 1, items I and II, of Law No. 7.960 / 89 were expanded so that there was a perfect fit to accommodate the accusations, or even indicted defendants who were not previously objects of the investigation? As a hypothesis, it is stated that the facts that occurred in "Lava Jato" bulge, especially those that reflect the decisions handed down with the intention of arresting investigated prisoners, instigate the thought that the answer to the central question of the work is that the precautionary prisons are being used not only to preserve the criminal investigative process itself, or even its course, but mainly as a way of raising evidence and forcing award-winning accords that aid in investigations. Concluded that the criminal procedural innovations applied in the context of Operation Lava jet by favoring morality to the detriment of legality may result in a precedent for the next trials, since the defenses may, based on jurisprudence proclaimed by the superior courts as a valid and valid defense argument, changing the interpretation most commonly applied in the Brazilian criminal procedure, making it even more difficult for the State to achieve success in its criminal prosecution function, maintaining the previous framework of impunity for those criminals who may hire and pay for specialized technical defenses.

Keywords: Criminal proceedings; legality, morality, Operation "Lava Jato."

INTRODUÇÃO

Durante o curso da Operação Lava Jato, foram deitas diversas prisões cautelares, várias pessoas tiveram suas liberdades retiradas, inicialmente de forma cautelar, ou sejam temporária, no entanto, o que se viu, foram prisões cautelares (temporárias) tendo seus prazos ampliados de forma irrestritas e durante, em alguns casos, mais que condenações.

O caso concreto das decisões intermediárias proferidas no curso das investigações e dos respectivos processos penais da Operação Lava Jato, pelo juiz federal Sergio Moro e suas implicações que, na visão de alguns juristas, expandiu o propósito cautelar destas para não apenas resguardar as investigações e o devido processo legal mas, também, para a obtenção de provas, confissões e delações.

Por se tratar de um caso concreto com repercussão nacional e internacional, tem sido alvo de debates acalorados dentro e fora da academia, e mesmo nas Cortes Superiores, apresentando grande divergência entre os doutrinadores do Direito, alguns defendendo que não há ferimento algum de garantias constitucionais um (ainda) não condenado ficar detido de forma cautelar por tempo indeterminado, sendo isso parte do processo de purificação necessária a um sistema político tão sujo, enquanto outros, de forma também fervorosa, defendem que existe ferimento fatal a preceitos fundamentais exatamente por não ter ainda ocorrido condenação dos réus nem mesmo pelo juiz de piso.

O caso de Sr. Marcelo Odebrecht, preso em junho de 2015, em caráter preventivo, continuou preso e teve apenas seu direito a liberdade assegurado quando em 2017 cedendo as pressões, aceitou fazer sua delação premiada. O réu em questão não está solto, pois seu acordo prevê para ele uma pena em regime fechado até dezembro de 2017.

No caso específico do Sr. Marcelo e nos outros casos dessa investigação, os itens elencados no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 7.960/89 foram dilatados para que houvesse encaixe perfeito à vontade de municiar as peças acusatórias, ou mesmo indiciar acusados que antes não eram objetos pretéritos da investigação?

Para deixar mais evidenciado os conceitos doutrinários e jurisprudenciais que equacionam o problema apresentado, e na tentativa de apontar as consequências de dessa nova jurisprudência, na qual a prisão temporária pode ser usada como meio para a obtenção de provas.

A hipótese que se mostra é a de que todos os fatos ocorridos no bojo da Operação Lava Jato, em especial os que refletem as decisões proferidas com o intuito de liminarmente prender investigados, instigam o pensamento de que a resposta à pergunta central do trabalho é que as prisões cautelares estão sendo utilizadas com o intuito, não apenas de preservar o processo investigativo penal propriamente dito, ou mesmo seu curso, mas principalmente como forma de levantar provas e forçar acordos de delações premiadas que *ajudem* nas investigações.

Ao analisar o instituto da prisão cautelar, no caso concreto da Operação Lava Jato, fica demonstrado que este está sendo utilizado de forma a estender seus propósitos, levando estes muito além dos limites previstos inicialmente no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 7.960/89, e 312 do CPP, notoriamente extraindo desse artifício delações e

confissões como única forma aceita para a soltura imediata de investigados presos de forma cautelar na Operação Lava Jato.

As medidas que restringem de forma cautelar o direito pético da liberdade podem ser usadas para forçar delações ou mesmo para que, no curso do processo sejam estas delações usadas como única prova para uma definitiva condenação? Mais do que simplesmente responder a indagação anteriormente feita, deve-se alertar para os precedentes perigosos que a busca da justiça pela via da moralidade, nesse caso sobrepondo a legalidade, podem trazer para o processo penal e para as garantias constitucionais do indivíduo.

1 PRISÃO CAUTELAR

As modalidades de segregação cautelar do indivíduo, previstas na Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - o Código de Processo Penal brasileiro (CPP) e autorizada pela Constituição da República Federativa brasileira de Federal de 1988 (CRFB). Para tanto, explana-se o conceito de prisão cautelar, sua finalidade, os princípios que regem o referido instituto, bem como seus requisitos ensejadores, a fim de tratar de suas modalidades.

1.1 MODALIDADES (FLAGRANTE, TEMPORÁRIA E TEMPORÁRIA)

As medidas de restrição de liberdade do indivíduo que compõem o instituto das Prisões cautelares, autorizadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 141, §20) e previstas no Código de Processo Penal brasileiro, a saber: arts. 301 a 310 (Prisão em flagrante); arts. 311 a 316 (Prisão Preventiva); e Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89).

1.1.1 PRISÃO TEMPORÁRIA

O instituto da Prisão Temporária, modalidade de restrição cautelar de locomoção, instituída pela Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. O referido instituto adentrou o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória nº 111, de 24 de novembro de 1989, editada pelo Congresso Nacional, posteriormente convertida na Lei nº 7.960/89, em 21 de dezembro de 1989.

1.1.1.1 DEFINIÇÃO E FINALIDADE DA PRISÃO TEMPORÁRIA

Instituída pela Lei nº 7.960/89, trata-se de medida constritiva voltada unicamente para a fase pré-processual, com intuito de viabilizar a persecução penal, por cercar o direito de ir e vir daquele cidadão sobre o qual recair fundadas suspeitas, indícios de autoria ou participação nos delitos elencados na referida lei, e naqueles considerados como hediondos pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, bem como quando seu encarceramento for imprescindível para as investigações do inquérito policial e, ainda, quando o indiciado não possuir endereço fixo ou não houver elementos suficientes para determinar sua identidade. Nas palavras de Morais (2014 p.168), trata-se de “[...] uma prisão que não se vincula ao processo, mas à investigação (...)” A assertiva não é equivocada, isto porque o instituto da Prisão temporária tem como escopo resguardar o bom desenrolar das investigações durante a formação dos elementos de informação do Inquérito Policial.

Nesta conjuntura, aduz Capez (2012, p. 341) que a prisão temporária trata-se de “prisão cautelar de natureza processual destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial.” No mesmo sentido, leciona Choukr (1999):

(...) a prisão temporária tem por fim permitir que a autoridade policial permaneça com o indiciado ou suspeito sob sua proteção e disposição, com a finalidade de proceder a diligências quanto à autoria e materialidade do delito, na ausência de prisão em flagrante e de provas que ensejem a prisão preventiva. (CHOUKR, 1999, p.89).

Ante o exposto, depreende-se que a prisão instituída pela lei nº 7.960/89 tem como escopo assegurar o êxito das investigações na esfera policial, sendo sua aplicabilidade restrita à fase pré-processual.

1.1.1.2 CABIMENTO

Ao abordamos o instituto de restrição cautelar da liberdade do indivíduo, com supedâneo na Lei nº 7.960/89, é inafastável a necessidade de reiterar que para seu ensejo é inescusável a presença do *fumus commissi delicti (fumus boni iuris)*, *periculum in libertatis (periculum in mora)* e o binômio previsto no art. 282 do CPP -necessidade e adequação, como pressuposto para sua decretação. Neste sentido se manifestam Távora e Alencar (2012):

Sendo a cautelaridade da prisão temporária sua tônica, é essencial a presença do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* para que a medida seja decretada, pois estes elementos é que podem denotar a necessidade da prisão. Para a decretação da medida temporária, devem ser atendidos os requisitos específicos, a par dos pressupostos gerais regrados no art. 282, do CPP, com redação determinada pela Lei 12.403/2011. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 594).

Não obstante a presença do *fumus commissi delicti (fumus boni iuris)*, *periculum in libertatis (periculum in mora)* e os pressupostos gerais para o ensejo das cautelares previsto no art. 282 do CPP, é necessário o preenchimento dos requisitos específicos previstos no art. 1º da Lei nº 7.960/89 e, por isso, seu cabimento é considerado como “excepcionalíssimo”, nas palavras dos doutrinadores. (TÁVORA, ALENCAR, 2012, p. 594).

1.1.2 PRISÃO PREVENTIVA

Precipuaente, trata-se de uma prisão processual, verificada antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, cuja decretação é de competência exclusiva da autoridade judicial. Isto posto, apresenta-se sua fundamentação legal, presente no Código de Processo Penal, nos arts. 311 até 316. Entretanto, restringir-se-á a apresentação do referido instituto aos artigos 311 e 312 do CPP.

Conceitua o referido instituto, de forma clara, o ilustre doutrinador Oliveira (2012), nos seguintes termos: “(...) a prisão preventiva revela a sua cautelaridade na tutela da persecução penal, objetivando impedir que eventuais condutas praticadas pelo alegado autor e/ou por terceiros possam colocar em risco a efetividade da fase de investigação e do processo.” (OLIVEIRA, 2012, p.542).

A seu respeito, diz-se como “Medida cautelar, constituída da privação de liberdade do indigitado autor do crime e decretada pelo juiz durante o inquérito ou instrução criminal em face da existência de pressupostos legais, para resguardar os interesses sociais de segurança.” (MIRABETE, 2007, p.416). Ainda nesse sentido, leciona Távora:

(...) a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta s presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 579-580).

Sua decretação, portanto, enseja-se mediante a presença do *Periculum in libertatis (periculum in mora)* e o *Fumus commissi Delicti (fumus boni iuris)* e justifica-se pela necessidade de acautelar a instrução processual e a persecução penal, quando se mostrar o único instrumento viável para tanto. Entende-se a Prisão Preventiva como

modalidade de prisão que não possui intuito de punição, mas seu ensejo justifica-se pela necessidade de acautelar, ou seja, resguardar a devida instrução criminal a fim de que não se ponha em risco a aplicação da lei penal. Mister se faz esclarecer que, ainda que a Prisão temporária seja modalidade de segregação cautelar da liberdade do indivíduo. O referido instituto não será abordado como subtópico deste capítulo, eis que será objeto de análise do capítulo subsequente.

1.1.3 DEBATES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A PRISÃO APÓS A CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No ano de 2016, em julgamento ocorrido em fevereiro e confirmado em outubro, por 6 votos a 5, o STF mudou a regra sobre o momento em que o condenado deveria iniciar o cumprimento de pena, passando a admitir a prisão após a confirmação da confirmação da sentença em segunda instância, mesmo antes de transitar em julgado.

Essa decisão, embora tenha sido prolatada em caráter liminar em em um caso concreto, e não como julgamento de mérito, afetou o processo penal brasileiro de maneira significativa, com reflexos em todos os processos que se encontram nesta fase de julgamento.

Importante se faz destacar que o princípio da inocência ou não culpabilidade constitucional da presunção de inocência encontra-se previsto como garantia fundamental e cláusula pétrea no art. 5º, inc. LVII, da CRFB, que determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. No entanto, a Corte Constitucional relativizou este artigo, na medida em que determinou a prisão no caso concreto ainda antes da sentença penal condenatória transitar em julgado.

(...) no dia 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do HC 126.292/SP, de relator o ministro Teori Zavascki, a suprema corte, decidiu por sete votos a quatro pela possibilidade de execução provisória da pena em acórdão de segunda instância e que tal decisão não ofenderia o princípio da presunção da não culpabilidade. Na visão dos ministros, o princípio da presunção da não culpabilidade não impede que as condenações sejam executadas depois de uma decisão de segunda instância, visto que os recursos Especial e Extraordinário não são dotados de efeito suspensivo e não discutem os fatos, apenas matéria de direito. Decisão esta diametralmente oposta que a exposta em decisões anteriores, que ratificava o que havia descrito nossa CF 1988. Houve, segundo o STF, uma relativização do princípio da presunção da não culpabilidade na medida em que objetiva um equilíbrio entre este princípio e a efetividade da função jurisdicional. (NASCIMENTO, 2016, p.8).

O pano de fundo para a decisão é a Operação Lava Jato, que vem refletindo significativamente no processo penal brasileiro, com a mescla de interesses políticos e os consequentes ajustes na interpretação dos dispositivos legais ajustes para beneficiar ou prejudicar este ou aquele acusado, conforme a tendência e as convicções políticas de cada ministro.

1.2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA PRISÃO CAUTELAR

Para a compreensão dos princípios processuais penais apresentados a seguir, não se pode olvidar do conceito de *Princípio*, qual seja um conjunto de ideias ou normas que darão base ao estudo de uma ciência, como no caso em tela, o Direito processual penal. Acerca do referido assunto, afirma Rangel (2014, p.3) que “(...) os princípios que regem o direito processual (penal) constituem marco inicial de construção de toda a dogmática jurídico-processual (penal), sem desmerecer e reconhecer os princípios gerais do Direito que lhe antecedem (...)”.

Sendo assim, os princípios apresentados possuem suma importância para embasar discussão acerca da legalidade da Lei nº 7.960/89 (Prisão Temporária).

1.2.1 DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Princípio da Presunção de Inocência consagra-se no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º. (...) [...]LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)” (BRASIL, CRFB, 2017).

Acerca do tema, assevera a doutrina que “(...) o princípio obriga o Estado a

considerar o sujeito inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, o sujeito não pode ser tratado como culpado ou sofrer restrições em direitos que pessoas inocentes não podem sofrer.” (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2010, p.19). Não obstante a imperatividade estatal em preservar o estado de inocência do indivíduo, o mesmo não se dá em relação à aplicação das medidas cautelares restritivas de liberdade. E, ainda, demonstra-se: “Em decorrência do estado de inocência deve-se concluir que: a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelece a lei processual; (...)” (MIRABETE, 2005. p. 45-46).

Ou seja, verifica-se que a doutrina admite que seja posta em risco a presunção de inocência do indivíduo, segregando-o do convívio social em caso de ensejo de medida cautelar. Isto posto, verifica-se a importância do princípio em tela à análise das medidas cautelares, isso porque conforme Lopes Jr.(2008), a observância do princípio da presunção de inocência servirá como forma de se verificar a qualidade do sistema processual. Ou seja, para que haja um sistema processual criminal justo, é necessário que se observe a essência do princípio em questão que, para o ilustre doutrinador traduz-se pela expressão *Dever de tratamento*.

Inquestionável, portanto, a relevância do Princípio da Inocência para a presente pesquisa. Assim se pode afirmar uma vez que possui efetiva aplicabilidade, sobretudo no campo da prisão provisória, ou seja, na restrição da liberdade do indivíduo antes do trânsito em julgado da competente sentença condenatória, o que nas palavras de Távora e Alencar (2013, p. 55), “(...) impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade”, como é o caso dos requisitos ensejadores das cautelares restritivas de liberdade. Isto porque, conforme aduz Lopes Júnior (2008), a observância do princípio da presunção de inocência servirá como forma de se verificar a qualidade do sistema processual. Ou seja, para que haja um sistema processual criminal justo, é imprescindível a presença imaculada da presunção da inocência do indivíduo, bem como sua manutenção.

Enfatizam o mesmo entendimento os doutrinadores Távora e Alencar (2013), quando afirma que, antes do marco da sentença condenatória transitada em julgado, todos são presumidamente inocentes, e ainda que reputa-se à acusação o ônus de comprovar a culpa do indivíduo. Por conseguinte, depreende-se que, em razão do princípio em análise, as medidas cautelares de natureza restritiva de liberdade somente deveriam ser aplicadas em casos de extrema e comprovada necessidade, e, nas palavras do autor supra (2013, p.54), “de estrita exceção.”

1.2.2 DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Este princípio encontra-se materializado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição federal brasileira de 1988, assim: “Art. 5º (...).LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;(grifo nosso). (BRASIL, CRFB, 2017).

A seu respeito, afirma Rangel (2011, p.3-4) que, para haver cerceamento de liberdade ou privação de bens, há que se respeitarem as formalidades da lei. E acrescenta: “(...) todos os outros princípios que serão abordados derivam deste em análise, pois não há verdade processual sem que, para que se possa descobri-la, respeitem-se os procedimentos delineados em lei.”

Entendem ainda os autores subcitados que o Princípio do Devido Processo Legal está sempre ligado ao direito de ser processado de acordo com a lei, “sem abusos ou exceções” e vão além, sustentam que como consequência inafastável do Estado Democrático de Direito “(...) o processo jamais pode tangenciar a dignidade da pessoa humana, e deve ser interpretado sempre de forma a privilegiá-la.” (FULLER; JUNQUEIRA; MACHADO, 2010, p. 19).

Em suma, entende-se o Princípio do Devido Processo legal como Origem dos demais princípios que cercam o Direito Processual Penal. Isto porque para que se chegue a uma efetiva sentença condenatória, deverão ser observadas as formalidades da lei, sob pena de eivar o processo de nulidades, muitas vezes irreparáveis.

Questionável, assim, a legalidade da aplicação das medidas cautelares, uma vez que justifica-se pela existência do *Fumus Comissi Delicti (fumus boni iuris)* em conjunto com o *Periculum in libertatis (periculum in mora)*, pressupostos estes que implicam em mero juízo de probabilidade da autoria delitiva, pela autoridade judiciária, prévia à sentença penal condenatória.

1.2.3 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Encontra-se contemplado no art. 282, inciso II, do Código de Processo Penal brasileiro, a seguir: “Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: [...]III - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.” (BRASIL, CPP, 2017). Nas palavras de Távora e Alencar (2013, p.75), tem-se este princípio como um “(...) procedimento de aplicação/interpretação de norma jurídica tendente a concretizar um direito fundamental em dado caso concreto.” e assim o traduz como:

(...) um fenômeno de aplicação do direito que requer o perpassar por três etapas (proporcionalidade = necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), de outro fenômeno que assim não exige, haja vista que tem o condão de orientar o intérprete a não aceitar como válidas soluções jurídicas que conduzam a absurdos (razoabilidade). (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p.75).

Pois bem, trata-se, portanto, de uma forma de evitar os excessos por parte do Estado quando do curso do processo penal.

Trata-se da necessidade da autoridade judiciária impor ao acusado, observando a necessidade e adequação do caso concreto, medida cautelar que seja proporcional às circunstâncias do delito e não necessariamente, desde logo, aplicar as restritivas de liberdade de forma indiscriminada, banalizando-as. Nas palavras do ilustre doutrinador (2012, p.498), deve haver um “juízo de ponderação na escolha”, a fim de que não haja excesso capaz de comprometer os direitos fundamentais, tal qual a liberdade do indivíduo.

Por fim, depreende-se que as cautelares restritivas de liberdade devem ser adotadas como medidas de exceção, observadas as peculiaridades do caso concreto, devendo haver proporcionalidade entre elas.

1.3 MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO

As medidas cautelares processuais penais diferentes da cerceação da liberdade constitucional de ir e vir encontram-se taxativamente elencadas no art. 319 do CPP.

Ou seja, as hipóteses alternativas à decretação da prisão, conforme se observa da leitura do artigo acima transcrito, envolvem a exigência de comparecer em juízo sempre que assim for determinado, a proibição de frequentar locais previamente determinados pelo juiz para evitar cometer novas infrações, proibição de se relacionar com pessoas listadas pelo juízo, ligadas ao fato criminoso, devendo manter distância dessas pessoas, proibição de deixar a residência à noite e nos fins de semana desde que a residência seja fixa e do conhecimento do juízo, assim como o local de trabalho, no caso de servidor público ou a ele equiparado, afastamento do exercício público econômico ou financeiro, internação em unidade específica nos casos de inimputabilidade penal ou semi-imputabilidade presente o risco de recaída, estipulação de fiança nos casos previstos em lei e com as finalidades também por ela regulamentadas, monitoração eletrônica (uso obrigatório de tornozeleira eletrônica) e vedação de saída do país com a retenção de seu passaporte. Conforme entendimento de Gonçalves:

Observa-se que, o legislador foi bastante cuidadoso com a matéria, visto que vinculou o cabimento das cautelares pessoais à: a) necessidade para aplicação da lei penal, b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal e, c) para evitar a prática de infrações penais, bem como, d) à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. e) e, agora, à impossibilidade de decretação de medidas cautelares pessoais não prisionais. (GONÇALVES, 2013, p.34).

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS - A LIBERDADE E O DEVIDO PROCESSO LEGAL (CONTRADITÓRIO E O ACESSO À AMPLA DEFESA)

A Constituição Federal elenca como alguns dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a possibilidade de se defender, em juízo ou fora de dele, sempre que necessário, utilizando-se das ferramentas de defesa que estão previstas no rol das cláusulas pétreas constitucionais, cujos

direitos somente podem ser passíveis de modificação através de alteração constitucional.

O direito ao contraditório define que ao acusado é conferido o direito de combater e buscar desconstituir qualquer prova que seja apresentada, assim como fornecer informações comprováveis sobre qualquer situação que possa servir de argumento para afastar sua culpa ou indicar outro agente que, porventura, tenha sido o real autor do fato.

Ou seja, este princípio pode ser considerado “[...] primário e absoluto de defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando, assim, possa ser condenado sem ser ouvido” (TOURINHO FILHO, 2003, p.23), garantindo ao réu o direito de conhecer a acusação contra sua pessoa e pronunciar-se a respeito dela. Ainda para Tourinho Filho:

Tal princípio consubstancia-se na velha parêmia *audiatur et altera pars*- a parte contrária deve ser ouvida. Traduz a ideia de que a Defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido por uma das partes caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ex adversa. (TOURINHO FILHO, 2003, p. 24)

O direito constitucional à ampla defesa prevê, entre outros recursos disponíveis ao acusado, que seu caso seja submetido ao duplo grau de jurisdição, ou seja, não há obrigatoriedade de se contentar com o julgamento em apenas uma instância, podendo recorrer à instância superior àquela que decidiu sua situação jurídica.

Oliveira acrescenta:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal. (OLIVEIRA, 2008, p. 28).

A previsão constitucional está no art. 5º, incs. LIV e LV, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]; (BRASIL, CRFB).

Ou seja, trata-se do devido processo legal que, no entendimento do doutrinador Alexandre Moraes:

O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5.º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não exista necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa. (MORAES, 2003, p.77).

2.1 A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO PENAL

No processo penal brasileiro, deve-se garantir ao acusado o respeito ao direito às garantias fundamentais constitucionais, sob pena de nulidade dos procedimentos efetivos do direito de persecução penal estatal. Com base no art. 5º da CRFB, Moraes (2003, p.169) ensina: “Os direitos humanos fundamentais não devem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas (...)”. Em linhas gerais, trata-se da observância estrita das garantias fundamentais

previstas expressamente na Constituição federal para o correto procedimento quando da tramitação da ação penal do Estado contra o particular, quais sejam o direito à presunção de inocência ou não culpabilidade, ao contraditório e à ampla defesa, ao devido processo legal, à ilicitude das provas obtidas por meios ilícitos, a não manutenção da provação de liberdade senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ao princípio do juiz natural e à produção de todos os meios de prova em direito admitidos, dentre outros princípios implícitos.

3 OPERAÇÃO LAVA JATO

3.1 INFORMAÇÕES BÁSICAS SOBRE A OPERAÇÃO

A Polícia Federal do Brasil, em março de 2014, deflagrou quatro operações de investigação de “[...] que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos.” (BRASIL, POLÍCIA FEDERAL, [s.d.], p.1).

As operações receberam os nomes de Dolce Vita, Bidone, Casablanca e Lava Jato. Enquanto as três primeiras correspondem a títulos de filmes clássicos, escolhidos de acordo com o perfil individual de cada doleiro, o nome Lava Jato faz referência a uma rede de lavanderias e um posto de combustíveis de Brasília que era utilizado por uma das organizações criminosas investigadas inicialmente para movimentar dinheiro ilícito.

Inicialmente, foi identificada a atuação dos principais personagens do mercado clandestino de câmbio no Brasil no esquema criminoso investigado. Esses doleiros eram responsáveis pela movimentação financeira e lavagem de dinheiro de inúmeras pessoas físicas e jurídicas, o que acabava por envolver uma grande diversidade de outros crimes, como tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, sonegação fiscal, evasão de divisas, extração, contrabando de pedras preciosas, desvios de recursos públicos, dentre outros. (BRASIL, POLÍCIA FEDERAL, [s.d.], p.1).

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão do Ministério da Fazenda (MF), rastreando as operações financeiras do grupo investigado, identificou movimentações financeiras da ordem de R\$10 bilhões de Reais, informações que foram repassadas à Polícia Federal, órgão encarregado de investigações envolvendo “[...] agentes públicos e parlamentares, que gozam de foro especial por prerrogativa de função, [o que] fez que com que a Polícia Federal reforçasse o grupo de trabalho que atua nos tribunais superiores.” (Idem, ibidem).

Cabe a essa equipe desenvolver as ações de polícia judiciária perante o STF e STJ. O seguimento das investigações policiais levou à deflagração de várias outras fases da Operação Lava Jato. As condenações, amparadas em amplas provas produzidas pela PF, decorreram naturalmente da constatação inequívoca de que se revelou um vasto esquema de corrupção e desvio de recursos públicos sem paralelos na história brasileira. O avanço das investigações permitiu descobrir que os doleiros facilitavam também o repasse de propinas ajustadas em desfavor da Administração Pública Federal e decorrentes de contratos públicos celebrados mediante fraude em processos licitatórios. (BRASIL, POLÍCIA FEDERAL, [s.d.], p.1).

Segundo a Polícia Federal ([s.d.], p.1), “A análise do material apreendido nas diversas buscas determinadas pela Justiça Federal demonstrou a indicação política de agentes públicos que promoviam e facilitavam a contratação fraudulenta de bens e serviços com sobrepreço.”

Ainda segundo informações de investigados e réus colaboradores, também houve a formação de cartéis em diversos setores econômicos, o que causou grave prejuízo financeiro às empresas públicas contratantes. Fraudes em processos licitatórios eram realizadas para permitir a celebração de contratos das empreiteiras envolvidas no esquema criminoso com diversos setores da Petrobras. (BRASIL, POLÍCIA FEDERAL, [s.d.], p.1).

3.2 LIMITE TEMPORAL MÉDIO DE DETENÇÃO, ANTES E APÓS UM ACORDO DE DELAÇÃO PREMIADA

No caso da Operação Lavajato, o que se tem observado é que não existe uma média entre a detenção e a conclusão do processo, isentando ou reduzindo as penas do colaborador, seja antes, seja após o acordo de colaboração premiada, dependendo esta relação de cada caso, flagrantemente criando-se, também nesse caso, legislação nova ou, ainda, novas interpretações para a legislação que é base para o processo.

Uma coisa da qual não resta a menor dúvida é que, embora esteja prestando um serviço de colaboração premiada que poderá resultar no indiciamento e posterior condenação de outros criminosos, assim como de devolução de valores percebidos ilegalmente, o próprio colaborador também é um criminoso, sendo temerário acreditar-se fielmente em tudo o que ele relata e delata.

Assim, dependendo do caso, o processo entre a oitiva do colaborador, verificação das informações e valoração destas informações e concessão dos benefícios previstos na lei, o prazo entre a detenção e o final do processo varia de acordo com o caso.

3.3 RECURSOS QUE FORAM NEGADOS EM TENTATIVAS DE LIBERDADE DOS PRESOS DE FORMA CAUTELARES NA OPERAÇÃO LAVA JATO

De março de 2014 a março de 2016 foram decretadas 133 (cento e trinta e três) prisões cautelares em primeiro grau de jurisdição (sendo 64 preventivas; 70 temporárias e 5 flagrantes), das quais 11 (onze) foram revertidas nos Tribunais Superiores. Ou seja, 122 prisões foram mantidas, seja por negativa de recurso de soltura, seja por ausência deste tipo de requisição pela defesa do preso provisório.

Há que se destacar que jamais na história do país houve tanta colaboração premiada, resultando na detenção de centenas de criminosos e no indiciamento e prisão de outras dezenas.

3.4 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DISTINTAS DAS APLICADAS

O artigo 319 do CPP prevê as medidas cautelares diversa da prisão, que deverão ser concedidas a qualquer cidadão brasileiro, respeitados os requisitos e pressupostos apontados na lei específica.

São elas a obrigatoriedade de comparecimento em juízo periodicamente, proibição de frequentar certos locais, proibição de ausentar-se da comarca onde está tramitando o processo, recolhimento domiciliar noturno e nos feriados e finais de semana quando o investigado tenha trabalho e residência fixos, suspensão do exercício de função pública, internação provisória, prestação de fiança e monitoramento pela utilização de tornozeleira eletrônica.

No caso específico da Operação Lava Jato, são raras as concessões de alguma das modalidades destas medidas cautelares diversas da prisão, o que pode se configurar em afronta aos direitos individuais dos acusados.

3.5 NÚMERO DE PRISÕES CAUTELARES, DE DELAÇÕES PREMIADAS, DE TENTATIVAS DE REVOGAÇÕES NEGADAS, E DE CONDENADOS QUE FIZERAM, E QUE NÃO FIZERAM DELAÇÃO PREMIADA

“Na Operação Lava Jato, de março de 2014 a março de 2016 foram decretadas 133 (cento e trinta e três) prisões cautelares em primeiro grau de jurisdição (sendo 64 preventivas; 70 temporárias e 5 flagrantes), das quais 11 (onze) foram revertidas nos Tribunais Superiores. E foram realizados 49 (quarenta e nove) acordos de colaboração premiada, boa parte deles com acusados soltos e outros com acusados que permaneceram presos mesmo depois dos acordos.” (GUIMARÃES, 2018, p. 208).

1.765 procedimentos instaurados; 877 buscas e apreensões; 221 conduções coercitivas; 97 prisões preventivas; 110 prisões temporárias; 6 prisões em flagrante; 303 pedidos de cooperação internacional, sendo 176 pedidos ativos para 39 países

e 127 pedidos passivos para 30 países; 158 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas; 10 acordos de leniência e 1 Termo de Ajustamento de Conduta (TAC); 67 acusações criminais contra 282 pessoas sem repetição de nome, sendo que em 34 casos já houve sentença, pelos seguintes crimes: corrupção; crime contra o Sistema Financeiro Nacional (SFN); tráfico transnacional de drogas; formação de organização criminosa; lavagem de ativos, dentre outros. Até o momento [31 de agosto de 2017] são 165 condenações contra 107 pessoas, contabilizando 1.634 anos, 7 meses e 25 dias de pena. 8 acusações de improbidade administrativa contra 50 pessoas físicas, 16 empresas e 1 partido político pedindo o pagamento de R\$14,5 bilhões. Valor total do ressarcimento pedido (incluindo multas) R\$36,1 bilhões. Os crimes já denunciados envolvem pagamento de propina de cerca de R\$6,4 bilhões. R\$10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração, sendo R\$756,9 milhões objeto de repatriação. R\$3,2 bilhões de bens dos réus já bloqueados. (MPF, 2017, p. 1).

3.6 PRECEDENTE CRIADO AO SE SOBREPOR A MORALIDADE SOBRE A LEGALIDADE NO DIREITO PENAL

O princípio da legalidade encontra-se previsto na CRFB, no caput do art. 37, ao lado de outros princípios inafastáveis que devem ser observados pela Administração Pública, entre eles incluído o princípio da moralidade.

No entanto, no processo penal brasileiro, deve prevalecer sobre a moralidade a legalidade, constitucional e infraconstitucional, na medida em que, para efeitos do Direito brasileiro, que é conformado na forma positivada (ou seja, deve haver legislação que preveja tanto a ação omissão como fato típico (e punível, no caso específico do Direito penal e processual penal) quanto à sanção para a atitude e/ou para a sua ausência danosa, vige o princípio da legalidade, pelo qual é definido que não existe crime sem lei anterior que o defina (*nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º, do Código Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal).

Portanto, na medida em que as inovações processuais penais aplicadas no âmbito da Operação Lavajato privilegiarem a moralidade em detrimento da legalidade, Pode-se criar um precedente para os próximos julgamentos em que as defesas possam utilizar-se de jurisprudência prolatada pelos tribunais superiores como argumento de defesa cabível e válido, torcendo-se a interpretação mais comumente aplicada no processo penal brasileiro, podendo tornar ainda mais complicado para o Estado atingir êxito em sua função de persecução penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou o presente trabalho de pesquisa de revisão bibliográfica sobre as prisões cautelares e a extensão de seus propósitos dentro do caso concreto da Operação Lava Jato.

Para conquistar êxito, foi abordado o caso concreto das decisões intermediárias proferidas no curso das investigações e dos respectivos processos penais da Operação Lava Jato e suas implicações que, na visão de alguns juristas, expandiram o propósito cautelar destas para não apenas resguardar as investigações e o devido processo legal mas, também, para a obtenção de provas, confissões e delações.

Os problemas de pesquisa foram: os itens elencados no artigo 1º, incisos I e II, da Lei nº 7.960/89 foram dilatados para que houvesse encaixe perfeito à vontade de municiar as peças acusatórias, ou mesmo indiciar acusados que antes não eram objetos pretéritos da investigação?

Como hipótese, afirma-se que os fatos ocorridos no bojo da Operação Lava Jato, em especial os que refletem as decisões proferidas com o intuito de liminarmente prender investigados, instigam o pensamento de que a resposta à pergunta central do trabalho é que as prisões cautelares estão sendo utilizadas com o intuito, não apenas de preservar o processo investigativo penal propriamente dito, ou mesmo seu curso, mas principalmente como forma de levantar provas e forçar acordos de delações premiadas que *ajudem* nas investigações.

Conclui-se que as inovações processuais penais aplicadas no âmbito da Operação Lava jato privilegiando a moralidade em detrimento da legalidade pode vira resultar em um precedente para os próximos julgamentos, uma vez que as defesas poderão, com fundamento em jurisprudências prolatada pelos tribunais superiores como argumento de defesa cabível e válido, alterando-se a interpretação mais comumente aplicada no processo penal brasileiro, podendo tornar ainda mais complicado para o

Estado atingir êxito em sua função de persecução penal, mantendo-se o quadro anterior de impunidade para aqueles criminosos que podem contratar e pagar por defesas técnicas especializadas.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*: Tomo II. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: *D.O.U.* de 5 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 ago. 2017.

_____. Decreto-lei nº 3.869, de 3 de outubro de 1941 -Código de Processo penal. Rio de Janeiro: *D.O.U.* de 13.10.1941 e retificado em 24.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989 - Dispõe sobre prisão temporária. Brasília: *D.O.U.* de 22 dez. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7960.htm>. Acesso em: 3 ago. 2017.

BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA (MJSP). POLÍCIA FEDERAL (PF). *Operação Lava Jato*. [s.l.]. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>>. Acesso em: 21 set. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru/SP: Edipro, 1999.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. *As medidas cautelares no processo penal*. Monografia [Pós-graduação]. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, 75f. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0itpyvssga0j:www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/biblioteca_videoteca/monografia/monografia_pdf/2013/carloseduardogoncalves_monografia.pdf+&cd=1&hl=pt-br&ct=clnk&gl=br>. acesso em: 2 ago. 2017.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Déjà vu: diálogos possíveis entre a Operação “Mãos Limpas” italiana e a realidade brasileira. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, ano 3 - nº 4, agosto / 2016. Curitiba, Paraná. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Biblioteca/RevistaJuridicaMPPR_4.pdf>. Acesso em: 21 set. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. V. 1. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

MIRABETE, Código de Processo Penal Comentado. 6. ed. São Paulo: 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Operação Lava Jato em números*. <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a>>

instancia/resultado>. Atualizado em 31/ago/2017.

MORAES, Alexandre. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Constituição do Brasil interpretada*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Alexandre da Rosa. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NASCIMENTO, Eiel Benedito do. *O princípio constitucional da presunção da não culpabilidade frente à efetividade da função jurisdicional penal: uma análise a partir do julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP pelo STF*. Trabalho de Conclusão de Curso [Graduação] em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Seridó (Ceres) da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). 18f. Caicó/RN: CERES/UFRN, 2016. Disponível em: <https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/3289/1/O%20princípio%20constitucional_TCC_%20Nascimento>. Acesso em: 16 jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. _____. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 7. ed. Bahia: JusPodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal* 3. São Paulo: Saraiva, 2003.