

HABEAS CORPUS Nº 5031258-66.2015.4.04.0000/PR

RELATOR : JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
PACIENTE/IMPETRANTE : MARCELO BAHIA ODEBRECHT
ADVOGADO : ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES
: IGOR MARQUES PONTES
: DORA MARZO DE ALBUQUERQUE
: CAVALCANTI CORDANI
: ANTONIO ALCEBIADES VIEIRA BATISTA DA
: SILVA
: LOURIVAL CASTRO VIEIRA NETO
: JOANA PAULA GONCALVES MENEZES
: BATISTA
: ADRIANO CHAVES JUCA ROLIM
: Eduardo Sanz de Oliveira e Silva
: RODRIGO MALUF CARDOSO
: ALEXANDRE LIMA WUNDERLICH
: GERALDO MAGELA DE MORAES VILACA
: NETTO
IMPETRADO : Juízo Federal da 13ª VF de Curitiba
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

1. Considerações iniciais

1.1. Preliminarmente, convém destacar que as questões periféricas não relacionadas à situação do paciente e, portanto, estranhas ao limite do presente *habeas corpus*, não merecem ser conhecidas como razões de impugnação. Não tem relevância para o presente caso, por exemplo, a notícia trazida aos autos no sentido de que o colaborador Ricardo Ribeiro Pessoa, Diretor da UTC, tenha sido colocado em liberdade por conta de seu acordo devidamente homologado pelo Supremo Tribunal Federal. De igual modo, não induz equivalência de tratamento a possibilidade de aquele investigado retornar as suas atividades profissionais.

Os acordos de colaboração são tratados exclusivamente entre o Ministério Público Federal e a as defesas, cabendo ao Judiciário tão somente a sua homologação. Desse modo, não soa correta a afirmação de que as prisões preventivas são utilizadas como ferramenta para forçar o paciente a delatar outros envolvidos no esquema. A rigor, ainda que muitas vezes a liberdade provisória esteja inserida no acordo, é mais razoável crer que aquele que adere à delação busca, com mais ênfase, um benefício futuro. Por vezes com redução da pena,

outras com limitação ao seu regime de cumprimento ou, até mesmo, com repatriação de valores apreendidos.

Como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 127.483/PR, os acordos de delação premiada têm natureza de negócio jurídico processual, cujo objeto insere-se dentre os direitos disponíveis, de maneira que não há como vincular a manifestação de vontade do colaborador com eventual segregação cautelar.

Tal tese defensiva vem sendo constantemente rechaçada por este Tribunal, como demonstra o histórico de aproximadamente duas centenas de impetrações.

1.2. Igualmente não se comunica a soltura de outros empreiteiros pelo Supremo Tribunal Federal, e isso porque a situação dos pacientes, ao menos pelo que se tem até o momento, não guarda similitude a ponto de atrair o mesmo tratamento.

Nada obstante o respeitável posicionamento da Corte Constitucional, assim tem entendido este Tribunal, restringindo-se à análise a cada um dos casos concretos. Ademais, eventual concessão da ordem pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça nada mais representa do que resultado natural do duplo grau de jurisdição.

1.3. Como se demonstra, a perda de objeto da primeira ação mandamental não resulta de uso indevido das medidas cautelares como forma de impedir que o paciente tenha seus pleitos atendidos, que maneira que é completamente desarrazoada a tentativa de classificar o novo decreto prisional de artifício para impedir a liberdade do paciente.

Até mesmo porque, seja neste Tribunal, seja no Superior Tribunal de Justiça, não houve deferimento de liminar, permanecendo, até o momento, intocável o decreto prisional.

2. Nulidade da decisão pela decretação da prisão de ofício

2.1. Antes de adentrar no exame da decisão atacada no que pertine à presença dos requisitos autorizadores e à necessidade da prisão preventiva, cabe enfrentar a alegada nulidade do decreto prisional, sob a ótica da provocação do órgão ministerial. Tal questão surge como prejudicial de mérito, haja vista que eventual nulidade, sepultaria o decreto prisional, tornando desnecessário o exame das demais questões postas pela defesa.

Alega a defesa que a nova prisão preventiva, em substituição à primeira, foi decretada de ofício pela autoridade coatora, ou seja, sem pedido do Ministério Público Federal. Tal questão, a propósito, já foi trazida à tona quando do julgamento do HC nº 5023164-32.2015.4.04.0000/PR. Na sessão realizada em

05/08/2015, a Turma entendeu que o *habeas corpus* precedente perdera o objeto, como consignado na ementa de julgamento. Confira-se:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. SEGUNDO DECRETO COM BASE EM NOVAS PROVAS. PERDA DO OBJETO. JULGAMENTO PREJUDICADO. 1. Insurgindo-se a defesa contra a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, e proferida posteriormente à impetração nova decisão de segregação cautelar, revogando expressamente a primeira, não mais subsiste o ato impugnado. 2. Ordem de habeas corpus prejudicada em face da perda superveniente de objeto. (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5023164-32.2015.404.0000, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 07/08/2015)

Nada obstante, como a defesa havia inaugurado a discussão, mesmo que na ocasião tivesse entendido que o tema merecesse impetração própria, como agora é feito, lancei algumas considerações a respeito da alegada nulidade. Assim ponderei:

2. Preliminarmente, alegou a impetrante, na petição do evento 28, padecer de nulidade o novo decreto de prisão preventiva, vez que proferido de ofício, quando ainda não instaurada a ação penal. Diz que o pedido do Ministério Público Federal teria sido de reforço da preventiva vigente, não de necessidade de nova medida constritiva.

Não lhe assiste razão.

Entendo que o novo decreto prisional não foi proferido de ofício, mas em decorrência do pedido inicial de prisão preventiva, acolhido inicialmente e agora revisado/reforçado pela nova decisão. As manifestações do Ministério Público Federal (eventos 268 e 317 do feito de origem) que o motivaram são consequências do pedido inicial, impondo novo exame do magistrado à luz das novas provas e argumentos trazidos. Esta nova decisão é, na verdade, o modo de viabilizar o exame de todos os argumentos da preventiva por inteiro, não podendo a decisão inicial ficar sofrendo enxertos, em face de provas que venha surgindo no curso do inquérito. Por isso, e com razão, entendeu o magistrado pela necessidade de nova decretação, abrangendo tudo o que interessa ao caso, permitindo ao preso apresentar sua insurgência contra a decisão por inteiro.

Com efeito, na hipótese de identificação de outros fatos e provas, cabível a decretação de nova prisão preventiva, possibilitando que o acusado defenda-se amplamente dos fatos - o que seria dificultado com a prolatação de novas decisões apenas acrescentando fundamentos ao decreto original.

Aliás, na própria 'Operação Lava-Jato' questões semelhantes já vieram ao conhecimento desta Corte, quando se sinalizou ser mais adequada a substituição da decisão preventiva por outra, em detrimento de mero reforço de fundamentação ou provas (processo nº 5000959-09.2015.404.0000).

Não vejo, assim, a ilegalidade apontada.

2.2. Com efeito, as razões de impetração não são suficientes para mudar a percepção sobre os fatos e a realidade processual. Traçando um breve histórico dos atos, por decisão datada de 24/06/2015 (evento 131), foi decretada, a pedido da autoridade policial e do Ministério Público Federal, a prisão preventiva de alguns dos investigados, dentre eles do paciente. As prisões foram impugnadas neste Tribunal.

Em nova promoção (eventos 268 e 317), o Parquet Federal requereu em face dos novos elementos ora apontados, seja novamente analisada e

reforçada a decisão que havia decretado a prisão preventiva de ROGÉRIO ARAÚJO, MARCELO BAHIA ODEBRECHT e MÁRCIO FARIA DA SILVA, com suporte no art. 312 do CPP. Claro que formalmente a promoção postulou reforço aos fundamentos que já haviam sido utilizados quando do requerimento da primeira prisão preventiva. Não há dúvida nisso.

Porém, como não se mostrava possível o acréscimo de fundamentos ao decreto primitivo, na esteira inclusive da jurisprudência da 8ª Turma em casos análogos da própria 'Operação Lava-Jato', o magistrado de origem tratou a questão como novo pedido de prisão preventiva, expressamente invocando o art. 312 do Código de Processo Penal, sobretudo na necessidade de garantir a adequada instrução criminal, além de assegurar a aplicação da lei penal e a própria preservação da ordem econômica, dada a magnitude dos valores envolvidos, além de evitar a reiteração delituosa. O voto que proferi quando do julgamento do *habeas corpus* antes referido, dá o exato contorno do caso:

Diante deste quadro, dois caminhos poderiam ser trilhados. Agregar novos fundamentos à decisão anterior, ou revogação desta com novo decreto prisional.

Malgrado pareça não ser esta a compreensão do impetrante e do parecer, entendo que a segunda opção é a mais escorreita.

Ainda que em determinadas situações não possa o juiz proferir decisão sobre questão já resolvida (preclusão pro judicato), diante de uma situação incompleta e dos novos elementos surgidos, deve o magistrado tomar caminho que melhor prestigie os princípios da economia e da efetividade do processo e, em especial, da ampla defesa e do contraditório.

E, no meu sentir, isto se dá com a substituição da decisão anterior, devolvendo à parte a ampla possibilidade de confrontar provas e argumentos. O simples acréscimo de fundamentação, em nova decisão, retira o direito de trazer à instância superior a apreciação daquilo que se agregou. Com a nova decisão, reaberta a via de um novo habeas corpus para atacar a decisão como um todo.

Aliás, se isto tivesse ocorrido, certamente eventual pedido de liminar já teria sido apreciado e o processo estaria, no máximo, com prazo aberto para manifestação da Procuradoria Regional da República.

Este proceder (de nova decisão em substituição a anterior) já restou ratificado por esta Corte em outra oportunidade, no seio da chamada Operação Lava-Jato (processo nº 5000959-09.2015.404.0000).

Na espécie, o magistrado condutor do processo, ao se deparar com fato/provas novos, proferiu novo decreto, devidamente fundamentado, substituindo o anterior, contra o qual havia sido impetrado o presente habeas corpus.

Assim, não há como prosseguir-se no julgamento do habeas corpus.

2.3. Ora, é inegável o interesse expresso do MPF na manutenção da prisão preventiva do paciente. A promoção ministerial tem nítida índole material em prol da continuidade da segregação do paciente.

Pois bem, a vedação à decretação da prisão preventiva de ofício, como previsto no art. 311 do Código de Processo Penal, demonstra a preocupação do legislador com a imparcialidade do magistrado. Com acerto, destaca Aury Lopes Jr que *'a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória*

decretando - de ofício - a prisão preventiva' (in *Prisões Cautelares*, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 2013, p. 86).

Vale dizer, prisão de ofício tem significado de prisão sem promoção ministerial, sem provocação, sem nenhum pedido ou sinalização em tal sentido.

Isso não se aplica, por óbvio, aos casos em que a promoção ministerial originária já trazia pedido expresso de prisão preventiva e a nova apenas agrega fundamentos favoráveis à sua manutenção, requerendo o reforço de fundamentação, hipótese em que compete ao magistrado, então, fazer a correta adequação do pedido ao provimento jurisdicional válido.

Assim, diante do contexto examinado, em especial pelo conteúdo do pedido ministerial e porque o paciente já se encontrava preso, é incorreto dizer que a prisão preventiva do paciente decorreu de livre iniciativa do magistrado, como se atuasse também na condição de investigador. Desse modo, considerando que a matéria foi devidamente enfrentada e que eventual reconhecimento de nulidade acarretaria a extensão dos efeitos, não procede a alegação da defesa no ponto.

2.4. Para não passar *in albis*, registre-se que a preclusão pro judicato somente em lugar quanto inalterada a realidade dos fatos. Ou seja, uma vez analisado o contexto processual e indeferida a segregação cautelar, mostrar-se-ia inapropriada a reapreciação de pedido sem que novas circunstâncias fossem agregadas.

Não é este, contudo, o caso dos autos, surgindo a promoção ministerial como adicionadora de fatos relevantes que, devidamente sopesados pelo magistrado, autorizam apreciação judicial mais contemporânea.

3. Do amplo contexto revelado pela 'Operação Lava-Jato'

3.1. Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de um dos diversos investigados na conhecida 'Operação Lava-Jato', instaurada para apurar, na sua origem remota, crimes contra o sistema financeiro nacional perpetrados no Estado do Paraná. Até então, eram impensáveis os desdobramentos que o feito original teria, na medida em que se buscava apurar crimes praticados pelo investigado Alberto Youssef e outros, relativamente à evasão de divisas, lavagem de dinheiro, operação irregular de instituição financeira, dentre outras suspeitas.

Ocorre que as ramificações das diferentes operações - investigadas a partir de diligências policiais e, depois, com a devida autorização judicial, de interceptações telefônicas, interceptações telemáticas e quebra de sigilo bancário - culminaram com a descoberta de fatos diversos, que deram ensejo a uma quase interminável lista de novos procedimentos investigatórios.

A partir daquela apuração inicial, enveredou-se para apuração dos ilícitos perpetrados por organizações criminosas, onde, para além dos crimes contra o sistema financeiro e lavagem de dinheiro, também se constatou a prática contra a administração pública, de tráfico de entorpecentes, de corrupção ativa e passiva, dentre tantos.

Mais adiante, após a prisão preventiva de vários investigados, alguns dos então indiciados, destacadamente Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, confessaram a prática de vários delitos, tendo ambos firmando acordos de delação premiada, a deste último já homologado perante o Supremo Tribunal Federal, fatos estes de notório conhecimento.

A operação, que já tinha dimensões extraordinárias - comparado com os feitos criminais que ordinariamente tramitaram perante os Tribunais brasileiros -, passou a ter tamanho estratosférico, o que é absolutamente ímpar na história dos processos penais brasileiro.

3.2. Ao longo das investigações, somaram-se aos traficantes, doleiros, laranjas e funcionários públicos inicialmente indiciados, também administradores de algumas das maiores empreiteiras de obras do Brasil e funcionários públicos (*lato sensu*) da maior empresa brasileira, a Petrobras, investigando-se um dos mais promíscuos relacionamentos entre o público e privado.

Os indícios igualmente ultrapassam os crimes financeiros, ganhando ênfase, além da lavagem de ativos, a prática de ilícitos contra a Administração Pública, como corrupção ativa e passiva, fraude em licitações, entre outros, praticados por agentes públicos e particulares.

Por tudo que se viu até o momento, é de se supor que a 'Operação Lava-Jato' desbaratou um esquema de corrupção e saque aos cofres da Petrobras, maior estatal nacional, de proporções amazônicas. E isto não é mera ilação, conjectura ou hipérbole feita por este Relator ou pelo juízo de origem, mas apenas a expressão daquilo que Ministros de Tribunais Superiores externaram recentemente.

O Ministro Gilmar Mendes chegou afirmar que estaríamos a julgar o maior caso, pelo menos de corrupção, já investigado. Ao comparar com o julgamento do mensalão, até então referência em face da repercussão, destacou que o julgamento da Ação Penal nº 470 pelo Supremo Tribunal Federal tratou de cifras na ordem de R\$ 170 milhões.

Na Lava-Jato, apenas um dos investigados se propõe a devolver US\$ 100 milhões. E foi taxativo ao dizer que *'agora, a ação penal 470 (mensalão) teria de ser julgada em juizado de pequenas causas, pelo volume que está sendo revelado'*. A voz não é isolada. Os Ministros que compõem a Quinta

Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 25/11/2014, ao analisar vários *habeas corpus* relacionados aos investigados da 'Operação Lava-Jato' demonstraram a perplexidade frente aos fatos, consoante notícia publicada no site daquela Corte Superior:

Mesmo para magistrados com décadas de atuação no direito criminal, o nível de corrupção que está sendo descoberto na Petrobras, envolvendo políticos, empresários e servidores públicos, é estarrecedor.

...os ministros da Quinta Turma surpreenderam-se com o fato de que personagens secundários no esquema estão fazendo acordos para devolver elevadas quantias de dinheiro, que ultrapassam a casa da centena de milhões de dólares. 'O que é isso? Em que país vivemos? Os bandidos perderam a noção das coisas! Como podem se apropriar desse montante?', questionou incrédulo o desembargador convocado Walter de Almeida Guilherme.

Para o ministro Felix Fischer, a corrupção no Brasil é uma das maiores vergonhas da humanidade. 'Acho que nenhum outro país viveu tamanha roubalheira. Pelo valor das devoluções, algo gravíssimo aconteceu', ponderou o ex-presidente do STJ.

O presidente do colegiado, ministro Jorge Mussi, também manifestou sua indignação reproduzindo frase do ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal. Ao comparar a operação Lava Jato ao escândalo que ficou conhecido como mensalão, Mendes afirmou que, 'levando-se em consideração o volume de recursos envolvidos na operação Lava Jato, o mensalão deveria ter sido julgado no juizado de pequenas causas'.

O Desembargador Newton Trisotto, relator de inúmeros *habeas corpus* relacionados à investigação, chegou a afirmar que 'poucos momentos na história brasileira exigiram tanta coragem do juiz como esse que vivemos nos últimos anos. Coragem para punir os políticos e os economicamente fortes, coragem para absolvê-los quando não houver nos autos elementos para sustentar um decreto condenatório'.

As dimensões do ciclo criminoso e a capacidade do grupo de adentrar nas esferas públicas vêm causando perplexidade não só nos Poderes da República, mas também em toda a sociedade brasileira e na comunidade internacional. Resumindo: antes limitada a apurar crimes financeiros, a investigação ampliou seus rumos, chegando, agora, à apuração de crimes contra a Administração Pública.

3.3. Como em inúmeras oportunidades já destacado pelo magistrado de origem, 'o fato de se tratarem de crimes de lavagem de dinheiro, ou seja, crimes comumente qualificados como 'crimes de colarinho branco', não exclui o risco a ordem pública. Crimes de colarinho branco podem ser tão ou mais danosos à sociedade ou a terceiros que crimes praticados nas ruas, com violência...'. O raciocínio vem acompanhado de percuciente citação do sociólogo Edwin Sutherland (White-Collar Criminality/1939):

O custo financeiro do crime de colarinho-branco é provavelmente muitas vezes superior ao do custo financeiro de todos os crimes que são costumeiramente considerados como constituindo 'o problema criminal'. Um empregado de uma rede de armazéns apropriou-se em um ano de USD 600.000,00, que foi seis vezes superior das perdas anuais decorrentes de quinhentos furtos e roubos sofridos pela mesma rede. Inimigos públicos, de um a seis dos mais importantes, obtiveram USD 130.000,00 através de furtos e roubos em 1938, enquanto a soma furtada por

Krueger [um criminoso de colarinho branco norte-americano] é estimada em USD 250.000,00 ou aproximadamente duas vezes mais. (...)

A perda financeira decorrente do crime de colarinho-branco, mesmo tão elevada, é menos importante do que os danos provocados às relações sociais. Crimes de colarinho-branco violam a confiança e, portanto, criam desconfiança, que diminui a moral social e produz desorganização social em larga escala. Outros crimes produzem relativamente menores efeitos nas instituições sociais ou nas organizações sociais. (SUTHERLAND, Edwin H. White-Collar Criminality. In: GEIS, Gilbert; MEIER, Robert F.; SALINGER, Lawrence M. (ed.) White-Collar Crime: classic and contemporary views. 3. ed. New York: The Free Press, 1995, p. 32.)

O alerta convida à reflexão.

3.4. O sentimento de vulneração e violação individual, associado ao risco pessoal (ou de pessoas próximas) de vir a ser vítima de crime contra a pessoa norteou o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto ao cabimento da prisão preventiva. A escalada da violência e da criminalidade organizada deu ensejo ao terrível sentimento geral de insegurança; latrocínio, homicídios, roubos, estupros, tráfico de drogas, são exemplos de fatos que crimes orientaram a formação do pensamento sobre prisão preventiva e medidas cautelares, em sede do direito penal.

Ocorre que, a singularidade do presente caso está a exigir que se estabeleça um novo *standard* quanto à aplicação do instituto da prisão preventiva e das demais medidas cautelares.

Nada do que foi dito ou escrito sobre estas medidas foi pensado a partir de fatos como os que são objeto de apuração nos diversos inquéritos policiais e processos penais que se seguiram à 'Operação Lava-Jato'. A originalidade e dimensão do caso impõem que todos os operadores do direito - e de um modo especial os julgadores - passem para uma compreensão singular, sem olvidar dos direitos fundamentais.

A advertência de Sutherland é muito apropriada. É inevitável que se ultrapasse aquela compreensão individualista dos requisitos da prisão preventiva, para uma inteligência mais consentânea com a segurança jurídica, com a ordem e com os nefastos efeitos, pretéritos, presentes e futuros, que condutas como as investigadas encerram.

Por evidente que quase a imensa maioria dos investigados ou réus da 'Operação Lava-Jato' não colocará em risco a segurança individual de quem quer que seja. Jamais cometeriam pessoalmente qualquer dos crimes violentos acima elencados, talvez nunca portem uma arma de fogo, ou subtraíam diretamente recursos de outra pessoa física.

Porém, os delitos financeiros e contra a Administração Pública trazem reflexos mais amplos e atingem toda coletividade. Os efeitos dos crimes investigados são de tal monta que, passado mais de ano, ainda não é possível

dimensionar o alcance da corrupção que envolve conhecidos empresários e agentes públicos que se serviram da maior empresa pública nacional.

O respeito ao Estado de Direito demanda medida severa, e, havendo fundada razão diante das circunstâncias concretas, mostra-se inevitável a adoção de medidas amargas que cessem a cadeia delitiva e sirvam de referência aos que tratam com desprezo às instituições públicas, sempre acreditando na impunidade.

Não se cuida, repita-se, de antecipação de pena ou de medida incompatível com um processo penal orientado pela presunção de inocência. O devido processo legal, registre-se, não afasta o deferimento de medidas restritivas de direitos ou de liberdade 'como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria' (art. 312, CPP).

3.5. Assim como no conhecido caso mensalão, a 'Operação Lava-Jato' não pode ser analisada com olhos comuns e com o foco apenas em parâmetros interpretativos regulares e aplicáveis a qualquer processo. Na Ação Penal nº 470, o próprio Supremo Tribunal Federal releu sua tradicional jurisprudência a fim de adaptá-la à excepcionalidade dos fatos.

O mesmo caminho deverá ser seguido neste caso. Do Direito Penal, como de resto das ciências jurídicas, exige-se que se adapte aos tempos, aos fatos e à sociedade. Já ensinava Heleno Cláudio Fragoso que a função básica do Direito Penal é a defesa social e que os interesses que o direito tutela correspondem sempre às exigências da cultura de determinada época e de determinado povo (Lições de direito penal, 11 ed., Forense: Rio de Janeiro, 1987, p. 2).

Por óbvio, a tarefa não é fácil, quer para o juízo de origem, quer para os juízos recursais. A complexidade dos fatos está a exigir dedicação plena e, acima de tudo, uma condução do processo serena, como, até o momento, se viu do juízo da causa.

Em que pese as constantes críticas que o Judiciário tem recebido das defesas, muitas das vezes fora dos meios processuais regulares e buscando disseminar a tese de que o processo vem sendo levado de modo tendencioso, autoritário e à margem do devido processo legal e das garantias constitucionais, verifico que os diversos agentes que atuam nas investigações e nos processos judiciais têm tomado o cuidado de diferenciar a atuação de cada um dos investigados, de sorte que muitos deles permanecem em liberdade, outros tiveram apenas a condução coercitiva para depor determinada, alguns estiveram presos temporariamente e poucos tiveram suas prisões preventivas decretadas.

4. Considerações gerais acerca da prisão preventiva

A Constituição Federal estabelece, no inciso LVII do artigo 5º, que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. No sistema jurídico brasileiro, a liberdade é a regra e a prisão processual é a exceção. A medida drástica encontra previsão no art. 312 do Código de Processo Penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

É medida excepcional, mas, por vezes inevitável. Para a decretação da prisão preventiva, é imprescindível que o delito esteja materializado e que existam indícios de autoria, acrescidos de um de seus fundamentos: risco à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

Obviamente, até mesmo pela redação do art. 312 do Código de Processo Penal, mostra-se inviável atestar a inteira extensão da responsabilidade criminal do paciente ou de qualquer outro investigado. Até porque isso não seria possível sem a observância do devido processo legal ou sem garantir o acesso a todos os meios de defesa constitucional e legalmente admitidos. O juízo de cognição sumária não guarda, pois, relação com juízo antecipatório de culpabilidade ou de pena.

Sequer há de se exigir prova cabal da responsabilidade criminal do paciente. Assim tem apontado a jurisprudência. Pode-se dizer, assim, que o devido processo legal não impede o deferimento de medidas restritivas de direitos ou de liberdade *'como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria'* (art. 312, CPP).

Não se pode olvidar, porém, que, em alguns casos, o exame da materialidade do delito e a aferição dos indícios de autoria demanda uma análise mais extensa dos fatos, sobretudo em investigações da dimensão da 'Operação Lava-Jato'.

A 8ª Turma, em casos correlatos à investigação, tem decidido que *'a determinação de diligências na fase investigativa, como quebras de sigilo telemáticos e prisões cautelares, não implica antecipação de mérito, mas mero impulso processual relacionado ao poder instrutório'* (Exceção de Suspeição Criminal nº 5003411-41.2015.404.7000, 8ª Turma, minha relatoria).

5. Do contexto fático da prisão preventiva do paciente

5.1. Como já examinado preliminarmente o decreto prisional não surge isolado, mas sim como resultado da evolução das investigações e pelo

surgimento de novos elementos. A decretação de nova prisão não desmerece, nessa linha, tudo aquilo que já havia sido afirmado pela autoridade coatora na primeira decisão, esta impugnada neste Tribunal por meio do HC nº 5023725-56.2015.4.04.0000/PR. Ao indeferir o pedido liminar de liberdade provisória, reporteime aos termos da decisão então impugnada e pontuei a respeito do paciente:

3.2. Com efeito, ao menos em juízo preliminar, comum às tutelas emergenciais, não vejo motivos para interferir liminarmente na compreensão registrada pela autoridade coatora. Recorrendo a um breve histórico da 'Operação Lava-Jato', em dado momento, foi identificado o envolvimento de Alberto Youssef com possíveis atos de lavagem de dinheiro provenientes de obras contratadas pela Petrobras. Descortinou-se um milionário esquema de corrupção envolvendo, ao menos em juízo preliminar, grandes empreiteiras nacionais.

Tais empresas teriam formado um cartel, através do qual, por ajuste prévio, teriam sistematicamente frustrado as licitações da Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras para a contratação de grandes obras entre os anos de 2006 a 2014. O grupo chamou a atenção pela organização, contando inclusive com estatuto em linguagem cifrada, algo que foge da normalidade de organizações criminosas.

As empresas do chamado 'Clube' ajustavam os preços dos contratos e os dividiam de modo organizados, burlando qualquer possibilidade real de concorrência das obras da Estatal. Para tanto, contavam com a 'cobertura' de empregados de alto escalão, como os Diretores Paulo Roberto Costa, Renato de Souza Duque e Pedro José Barusco Filho.

Estão presos alguns dos líderes do esquema criminoso instalado no seio da Petrobras. Embora sejam muitos os envolvidos, alguns soltos e outros presos, a cessação das atividades ilícitas somente ocorrerá com a segregação dos principais atores. Eventual soltura permitirá a reorganização das atividades ilícitas, que foram praticadas até mesmo durante o ano de 2014, quando a 'Operação Lava-Jato' já estava em curso, inclusive com a prisão de alguns dos líderes. O papel de proeminência dentro do grupo criminoso tem sido um dos critérios adotados pelo juízo da origem, o qual merece ser privilegiado por esta Corte Regional.

3.3. Não se trata, portanto, de prisão para confissão ou delação, como querem fazer crer alguns, tampouco de juízo arbitrário ou seletivo. Há critérios para a decretação das prisões, os quais se fundam na garantia da ordem pública. Há delatores presos e não delatores em liberdade. Bom exemplo disso é o investigado e réu Ricardo Pessoa que, após a obtenção da liberdade provisória, decidiu, por iniciativa própria, celebrar acordo de delação premiada, recentemente homologado pelo Supremo Tribunal Federal.

A cadeia delitiva se completaria com a participação de operadores ou intermediários de propinas e responsáveis pela lavagem do dinheiro ilícito. Pois bem, neste contexto encontra-se o paciente apontado como Presidente da Construtora Norberto Odebrecht, sabedor e participante do esquema criminoso nos contratos da Petrobras. Consta na decisão recorrida:

Do material apreendido na sede da Odebrecht quando das buscas autorizadas pela decisão judicial de 10/11/2014 (evento 10 do processo 5073475-13.2014.404.7000), chama a atenção a identificação de mensagem eletrônica enviada por Roberto Prisco Ramos (da Braskem) a executivos da Odebrecht, Marcelo Bahia Odebrecht, Fernando Barbosa, Marcio Faria da Silva e Rogério Araújo, no qual se faz referência à colocação de um sobrepreço de ordem de vinte a vinte e cinco mil dólares por dia no contrato de operação de sondas, o que remete aos contratos da empresa com a Petrobrás (fl. 10 do laudo 0777/2015, evento 1, anexo10). Reproduzo:

'De: ROBERTO PRISCO P RAMOS

Para: Marcelo Bahia Odebrecht; Fernando Barbosa; Marcio Faria da Silva; Rogerio Araujo

Enviada em: Mon Mar 21 19:01:54 2011

Assunto: RES: RES: sondas

Falei com o André em um sobre-preço no contrato de operação da ordem de \$20-25000/dia (por sonda).

Acho que temos que pensar bem em como envolver a UTC e OAS, para que eles não venham a se tornar futuros concorrentes na área de afretamento e operação de sondas.

Já temos muitos brasileiros 'aventureiros' neste assunto (Schahim, Etesco...).

Internamente, eu posso transferir resultado da OOG para a CNO, mas não posso fazê-lo para as outras duas; isto teria que ir dentro do mecanismo de distribuição de resultados dentro do consórcio. Meu ponto é que ele não pode ser proporcional as participações atuais, porque, sem a OOG, a equação não fecha e quem trás a OOG é a CNO.

Em tempo: falei ao André, respondendo a pergunta dele, que o desenvolvimento do Operador tem que ser desde o início, para participar da escolha dos componentes, acompanhar a construção das Unidades, definir níveis de spare parts e, principalmente, preparar os testes e comissionamento. Ele pareceu entender.'

Embora o fato necessite ser investigado mais profundamente, essa mensagem eletrônica também corrobora as declarações dos criminosos colaboradores quanto à prática de crimes na relação entre a Odebrecht e a Petrobrás.

Na promoção ministerial pela decretação da prisão preventiva do paciente, a sua participação no ilícito foi assim delineada:

'- Presidente da Odebrecht S.A, diretor da Construtora Norberto Odebrecht S.A, Conselheiro da EAO - Empreendimentos Agropecuários e Obras S.A, sócio-administrador da EAO Patrimonial Ltda, Diretor da Odebrecht Engenharia e Construção Participações LTDA, Presidente da ETH Investimentos S.A, presidente da ODBINV S.A e Conselheiro da BRASKEN. - Trocou mensagens com funcionários da Odebrecht, dentre eles ROBERTO PRISCO PARAISO RAMOS, referente à contratação das sondas e a possibilidade de sobrepreço (Ev. 1, REPRESENTACAO_BUSCA1). Tais mensagens demonstram que MARCELO BAHIA ODEBRECHT participava ativamente da situação e tinha controle efetivo das ações envolvendo o cartel e o pagamento de vantagens indevidas aos agentes públicos'.

3.4. *Desnecessário aqui transcrever, na íntegra, os depoimentos e todas as provas que levaram à investigação ao paciente. Eles já estão indicados nos autos e reproduzidos na decisão ora atacada. Vale anotar, por oportuno, que não há somente os depoimentos dos delatores que reforçam os indícios de participação de Marcelo Bahia Odebrecht no esquema criminoso, mas outros elementos de convicção. Nessa linha, cabe referir que o fato de ser Presidente da Holding Odebrecht é indiciária de que, ocupando cargo de tamanha importância, tivesse ciência dos fatos ilícitos que vinham ocorrendo na empresa.*

Explico.

Não se quer aqui pretender que o principal responsável pela empresa denunciasse seus subordinados às autoridades policiais, ainda que tal comportamento não destoasse da reação do homem comum. Porém, não se pode permitir que tal assertiva sirva de justificativa para que os envolvidos se furtem à aplicação da lei, sob pena de consagrar a omissão dolosa, como aquele agente que, intencionalmente, omite-se e acaba por anuir com a conduta delitiva.

Tais conclusões, registre-se, não se aproximam de uma eventual e odiosa responsabilidade criminal objetiva, à margem do processo penal e das provas acostadas aos autos.

Se é certo que a simples posição de presidente da Construtora Odebrecht, da qual teria se afastado em 2010, não faz do paciente criminalmente responsável, também é certo, em contraposição, que o simples afastamento da direção da Construtora Odebrecht e, posteriormente, assunção à presidência da holding, não o desonera da responsabilidade penal.

3.5. *Há que se fazer o adequado cotejo dos elementos probatórios. O modus operandi utilizado pelos representantes do grupo foi relatado por Paulo Roberto Costa e Pedro Barusco, ex-servidores da Petrobras, e, ainda, pelo intermediador Alberto Youssef, um dos encarregados de branquear os ativos ilicitamente obtidos.*

A Construtora Norberto Odebrecht consta na lista das empresas que integravam o chamado 'Clube', responsável pela divisão dos contratos firmados pela Petrobras. Efetivamente firmou inúmeros contratos, como a licitação para a implantação da unidade U-61000 no COMPERJ, vencida pelo consórcio formado por Odebrecht, UTC, e Mendes Junior.

A referência é apenas exemplificativa. Muitos são os fatos referentes a corrupção praticadas no seio da empresa que estão sendo objeto de investigação, em várias obras e atividades relacionadas à Petrobrás e a Sete Brasil. Vários são os depoimentos dando conta que as diversas empresas do grupo Odebrecht promovia o pagamento de propinas, no Brasil e no exterior.

Assim, neste momento processual, parece haver consideráveis elementos probatórios quanto a ocorrência de ilícitos perpetrados pela empresa.

Paulo Roberto Costa declarou que todos os valores recebidos nas offshores suíças seriam provenientes da Odebrecht. A propina teria sido paga por Rogério Araújo e intermediada por Bernardo Schiller Freiburghaus, cidadão suíço, que exerceria função semelhante àquela desempenhada por Alberto Youssef. O delator esclareceu que parte da propina depositada nas contas Suíça pela Odebrecht decorreria de negociações envolvendo a Petrobrás e a Odebrecht na Brasken.

Os extratos das contas bancárias de Paulo Roberto Costa na Suíça apontam que Bernardo aparece como seu procurador, do mesmo modo que representa os interesses de Pedro Barusco naquele país.

Entre os depósitos efetuados, destacam-se os provenientes da Constructora Internacional Del Sur, offshore constituída no Panamá, reconhecido paraíso fiscal. Em conta de outra offshore, controlada por Pedro Barusco, a Canyon View Assets no Royal Bank do Canadá, também identificado outro depósito, desta feita nele consignado que o responsável seria a própria Odebrecht (fls. 51 do aludido Relatório de Análise de Material nº 154, evento 1, anexo22).

O relato é de Pedro Barusco.

3.6. As declarações de Alberto Youssef seguem no mesmo sentido, apontando o pagamento de propina no exterior pela Construtora Odebrecht. Em recente depoimento, Youssef detalhou os pagamentos: 'Declarou, em síntese, que a Odebrecht efetuava os pagamentos em contas no exterior que eram controladas por Leonardo Meirelles. Teria tratado do assunto com Márcio Faria e com Cesar Ramos Rocha (Diretor Financeiro da Odebrecht). Identificou nos extratos das contas em nome da off-shore RFY Imp. Exp. Ltd. na agência do Standard Chartered Bank, em Hong Kong...', todos eles provenientes de propinas da Odebrecht.

Na conta da offshore Quinus, controlada por Paulo Roberto Costa, foram identificados 5 depósitos que ultrapassam USD 1 milhão. Na conta Pexo Corporation, controlada por Pedro Barusco, 8 depósitos, totalizando aproximadamente USD 700 mil. Ainda, depósitos na conta Milzart Overseas, controlada por Renato Duque, mais de USD 800 mil.

Todos os depósitos acima relacionados foram realizados pela Constructora Del Sur.

3.7. Os depoimentos, embora de delatores, são válidos e não podem ser desmerecidos, especialmente quando subsidiados com outros elementos prova. É certo que a verdade sobre os fatos somente poderá ser desvendada após a tramitação da ação penal, com análise de toda a prova e possibilidade de contraditório pelos acusados. Além disso, os depoimentos não estão isolados, uma vez que muitos fatos relatados foram comprovados na investigação policial, o que reforça a credibilidade dos depoimentos.

Além disso, para que não paire dúvida no tocante à legitimidade das delações, Gerson de Mello Almada, dirigente da Engevix, mesmo sem acordo de colaboração, confessou os fatos a ele imputados e detalhou a existência do referido 'Clube' de empreiteiras, confirmando que a Odebrecht e Andrade Gutierrez faziam parte do esquema, representadas por Márcio Faria e Elton Negrão.

Também Dalton dos Santos Avancini, representante da Camargo Córrea, confirmou que a Odebrecht e a Andrade Gutierrez participavam do cartel, citando especificamente Márcio Faria e Elton Negrão, respectivamente. Foi além, revelando mensagens que tinham por finalidade a realização de uma reunião com a presença de Elton Negrão.

3.8. Tenho entendido, e tal entendimento vem sendo frequentemente corroborado pela 8ª Turma, que 'em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser

reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato - como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização - ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa' (nesse sentido, exemplificativamente, HC nº 5013531-94.2015.404.0000/PR).

É este o caso dos autos.

Na Odebrecht, os principais executivos envolvidos seriam Rogério Santos de Araújo, Márcio Faria da Silva, Cesar Ramos Rocha, Alexandrino de Salles Ramos de Alencar e Marcelo Bahia Odebrecht. Márcio Faria da Silva aparece como Diretor da Construtora Odebrecht e operador no pagamento de propinas relacionadas a contratos firmados pela empresa, isoladamente ou em consórcio, com a Petrobras.

Como Presidente do grupo Odebrecht, o paciente teria plena ciência do que ocorria no âmbito de contratações da Petrobras. O conjunto probatório indica que não somente anuiu com a conduta ilícita como também dela se beneficiou. A participação do grupo empresarial no esquema de cartelização de licitações, resultava no superfaturamento de contratos e pagamento de propinas a agentes públicos.

Ainda que os elementos de prova da autoria dos fatos pelo paciente possam ser aprofundados, entendo que o corpo de prova existente permite concluir pela sua ciência e anuência com os negócios ilícitos. Digo isto porque não é crível, consoante aquilo que ocorre ordinariamente no mundo dos negócios, que o Presidente e sócio da empresa não conhecesse fatos dessa envergadura e que implicasse na movimentação de cifras astronômicas. Se é certo que nem sempre aos administradores tem conhecimento de fatos menores praticados no seio de um gigantesco conglomerado, igualmente é certo que contratos de tão elevado valor, com implicações de diversas ordens e movimentação financeira na casa de centenas de milhões de reais não podem passar despercebidos por qualquer gestor. E pior, se isto ocorresse, o mais natural seria a adoção de medidas de investigação interna e adoção de políticas para correção de rumos, inclusive com a punição dos responsáveis. Parece que isso não ocorreu ao longo dos tempos. Nem nos idos de 2010, nem recentemente.

E, mais grave, há pelo menos um elemento de prova concreta da ciência do paciente quanto aos irregularidades, como destacado na decisão impugnada.

De qualquer sorte, a inicial do presente habeas corpus é bastante densa, fazendo alusão a inúmeras teses, muitas delas sequer submetidas ao juízo de primeiro grau, o que torna duvidoso o seu conhecimento diretamente pelo Tribunal, como se juízo ordinário fosse.

De todo modo, sobre alguns pontos é possível tecer algumas considerações neste momento.

3.9. Sustenta a defesa, como principal razão de pedir, que o paciente, como presidente da holding encontrava-se distante dos fatos, não havendo prova de que conhecia ou anuiu com o esquema criminoso.

Pois bem, antes de prosseguir, vale lembrar que o deferimento de medida liminar em habeas corpus deve ser utilizado com relativa cautela, sob pena de se desautorizar o juízo de primeiro grau, justamente aquele que está próximo dos fatos e acompanhando as investigações em tempo real desde a sua origem.

Nessa exata linha de conta, a intervenção excepcional do juízo recursal pressupõe a existência de prova acostada à inicial com aptidão mínima de alterar a compreensão dos fatos. E, neste ponto, a impetração carece de melhor documentação, resumindo-se a inicial, à Ata de Assembleia Geral da Construtora Norberto Odebrecht (Anexo 2) e a notícias de portais da internet a respeito dos novos pacotes de concessão (Anexo 3).

Mesmo com a facilidade do processo eletrônico, não é atribuição do juízo recursal buscar nos processos relacionados no primeiro grau, os elementos que corroborem a tese defensiva. Tal impossibilidade ganha maior obstáculo quando se está diante de gigantesca investigação e de pedido de quebra de sigilo guardado por dezenas de anexos que reúnem milhares de páginas de documentos.

São muitos os fatos alegados pela parte, mas os anexos juntados permitem apenas verificar que o paciente teria deixado a administração de uma empresa do grupo no ano de 2010, não esclarecendo, porém, se deixou de participar de toda e qualquer atividade do conglomerado ou apenas de uma das subsidiárias da holding.

Como tenho afirmado em outras oportunidades, não se está a tratar de caso isolado, mas de operação de dimensões inimagináveis, onde documentos, informações, depoimentos, computadores, agendas, entre tantos outros elementos, são apreendidos e precisam ser examinados, o que necessariamente demanda tempo e técnica para cruzamento de dados.

Este o motivo pelo qual nem toda apreensão resulta em imediata providência policial ou judicial. Por isso, no ponto e neste momento, as razões de pedir transparecem fragilidade. Malgrado as informações trazidas pela parte autora, o fato é que este dado não se acha perfeitamente esclarecido a partir dos anexos com a inicial, descabendo a este julgador investir sobre os milhares de eventos existentes no processo original para verificar a veracidade, ou não, da tese do impetrante.

A par disso, nos limites do permitido em cognição sumária e em nome da efetividade da jurisdição, busquei examinar os anexos que acompanham as promoções policial e ministerial, com fito a fazer o contraponto entre os fundamentos do decreto prisional e o pedido vertido com a inicial.

Após tal exame, permito-me concluir que as alegações da defesa não desmerecem as conclusões lançadas na decisão hostilizada.

5.2. O contexto original da primeira prisão não pode ser desmerecido como o novo decreto. Ganham destaque alguns aspectos reforçados quando do exame do pedido liminar:

Veja-se, por exemplo, que, nada obstante o paciente Marcelo Bahia Odebrecht ter se desligado da Construtora Odebrecht (Ata - Anexo 1 da inicial), em fevereiro de 2010, as mensagens eletrônicas juntadas no Anexo 11 do Pedido de Busca e Apreensão nº 5024251-72.2015.404.7000 (evento 1) datam de março de 2011, posteriores, portanto, ao seu desligamento.

Ou seja, mesmo afastado da direção da construtora, Marcelo Bahia Odebrecht permaneceria atuando e comandando negociações de contratos com a Petrobras.

*Vale anotar que a **primeira mensagem** da sequência que desencadeou a discussão acerca de eventual sobrepreço sobre o contrato de fretamento de sondas, **foi enviada justamente pelo paciente**, tendo como destinatários Rogério Araújo, Márcio Faria da Silva, Roberto Prisco Ramos (Braskem) e Fernando Barbosa. Na continuidade, outras mensagens foram trocadas pelos mesmos personagens, **o que revela sim a ciência do paciente**, contrariamente ao alegado na inicial.*

No tocante ao conceito de sobrepreço, também não prospera a pretensão da defesa.

Em primeiro lugar, realmente estivessem a tratar de um termo técnico característico dos contratos de fretamento de sondas, seria imprescindível que o habeas corpus fosse garantido com documentação de caráter indubitável que comprovasse a assertiva. Como já antecipado, de tal ônus a defesa não se desincumbiu.

O que se tem, aqui, são informações parciais que, no máximo, permitem uma interpretação exclusiva a partir de seu próprio conteúdo, mas certamente descompassada de todo o contexto da 'Operação Lava-Jato'. E, nesse ponto, até que se contextualize os fatos, sobrepreço não pode significar coisa diversa que não a sua literalidade.

Em segundo, um rápido exame da documentação que integra a representação policial, mais especificamente o Anexo 7, percebe-se, no Termo de Declaração de Dalton Avancini, clara associação do termo sobrepreço aos custos extracontratuais destinados a pagamento de propinas a agentes públicos.

Em terceiro, mas não menos importante, parece inapropriado no âmbito do habeas corpus aprofundar a discussão a respeito do tema. Certamente no curso da ação penal, foro adequado para tanto, eventuais as dúvidas serão sanadas e oportunizada à defesa fazer prova exaustiva de suas alegações.

Assim, havendo prova de materialidade e indícios suficientes de autoria, justifica-se a prisão preventiva do paciente.

5.3. Pois bem, a investigação evoluiu e outros elementos de prova foram agregados, com destaque para: **(a)** relatórios de movimentação bancária de contas no exterior em nome de offshores de pessoas envolvidas no esquema criminoso; **(b)** relatórios de quebra de sigilo telefônico, identificando intenso contato telefônico entre o paciente e Bernardo Schiller Freiburghaus; **(c)** relatório dos dados extraídos da agenda telefônica pertencente a Marcelo Bahia Odebrecht, principal executivo do grupo empresarial; **(d)** Termo de Colaboração Premiada nº 06 de Dalton Avancini, dando conta de que o mesmo esquema de fraudes a licitações existia no âmbito da Eletrobras e de uma reunião ocorrida naquela estatal, contando com a presença de representantes das empresas do chamado 'Clube', para tratar da distribuição de propina.

Antes de prosseguir, é pertinente registrar que as empresas não cometem crimes. Elas não possuem vida e administração próprias. Os ilícitos são praticados pelos agentes privados que as representam, em geral, em verdadeiro desvio de finalidade das pessoas jurídicas. Dito isso, tem-se que os novos elementos agregados à investigação justificam a custódia cautelar.

5.4. Dito isso, tem-se que os novos elementos agregados à investigação justificam a custódia cautelar.

Cabível destacar a proximidade do paciente com os fatos, conforme se depreende das notas encontradas em sua agenda de celular. Como resultado da busca e apreensão criminal, foram identificadas anotações que, até que se esclareça de forma convincente, pressupõem a existência de orientações passadas por MARCELO BAHIA ODEBRECHT para Ricardo Santos de Araújo e para Márcio Faria da Silva no sentido de tentar blindar a empresa e os seus representantes dos atos de investigação. Confira-se:

Além disso, nos exames realizados sobre o material apreendido, foram identificadas, em cognição sumária, anotações constantes em celular de Marcelo Odebrecht no sentido de sua cumplicidade com os atos dos subordinados Márcio de Faria e Rogério Araújo, inclusive orientações para destruição de provas em aparelhos eletrônicos deles.

Como adiantei no despacho do evento 437, do relatório da autoridade policial do inquérito 5071379-25.2014.4.04.7000 (evento 124, rel final ipl1 e anexo11), consta referência a anotações que teriam sido localizadas no celular de Marcelo Odebrecht (pasta calendário), das quais transcrevo os seguintes trechos:

'(...)

MF/RA: não movimentar nada e reembolsaremos tudo e asseguraremos a família. Vamos segurar até o fim

Higienizar apetrechos MF e RA

Vazar doação campanha.

Nova nota minha mídia?

GA, FP, AM, MT, Lula? ECunha?

(...)'

Em análise sumária e embora tudo esteja sujeito à interpretação, MF e RA aparentam ser referência aos coinvestigados e subordinados de Marcelo Odebrecht, Márcio Faria e Rogério Araújo. Aparentemente, a anotação indica que ambos estariam sendo orientados a não movimentar suas contas e que, no caso de sequestro e confisco judicial, seriam reembolsados. A referência a 'higienizar apetrechos MF e RA' sugere destruição de provas, com orientação para

que os aparelhos eletrônicos utilizados por Márcio Faria e Rogério Araújo fossem limpos, ou seja, que fossem apagadas mensagens ou arquivos neles constantes eventualmente comprometedores. 'Vazar doação campanha' é algo cujo propósito ainda deve ser elucidado, mas pode constituir medida destinada a constranger os beneficiários e eventualmente obter apoio político para interferências indevidas na Justiça criminal.

Transcrevo outro trecho:

'(...)

Assunto: LJ: ação JES/JW? MRF vs agenda BSB/Beto.

Notas Dida/PR/ações MRF. Agenda (Di e Be). limp/prep

E&C. Desbloq OOG. Dossie? China? Band? Roth?

Integrante OA? Minha cta Tau? Perguntas CPI. Delação

RA? Arquivo Feira, V, etc. Volley ok? Panama?

Assistentes:

Localização:

Detalhes:

Ações B

- Parar apuração interna (nota mídia dizendo que existem para preparar e direcionar).

- expor grandes

- para apuração interna

- desbloqueio OOG

- blindar Tau

- trabalhar para parar/anular (dissidentes PF...)

(...)'

Aqui também os trechos estão sujeitos à interpretação, mas, em análise sumária, 'LJ' parece ser referência à Operação Lavajato. O trecho mais perturbador é a referência à utilização de 'dissidentes PF' junto com o trecho 'trabalhar para parar/anular' a investigação. Sem embargo do direito da Defesa de questionar juridicamente à investigação ou a persecução penal, a menção a 'dissidentes PF' coloca uma sombra sobre o significado da anotação. Outras referências como a 'dossiê', 'blindar Tau' e 'expor grandes' são igualmente preocupantes.

Por outro lado, nada indica que essas anotações eram dirigidas aos defensores de Marcelo Odebrecht, não havendo, em princípio, que se falar em violação de sigilo legal. Não é crível ademais que ele orientasse seus advogados ou recebesse orientação de seus advogados nesse sentido. De todo modo, ainda que assim não fosse, o sigilo profissional também não acobertaria o emprego de estratégias de defesa ilícitas, por exemplo a destruição de provas.

Esses elementos probatórios supervenientes apontam para a responsabilidade direta de Marcelo Bahia Odebrecht sobre os fatos delitivos e sobre os atos de seus subordinados.

De toda a análise probatória, cabe concluir, em cognição sumária, pela presença de prova de materialidade de crimes de cartel, ajuste de licitações, corrupção e lavagem de dinheiro no âmbito do esquema criminoso da Petrobrás praticados por dirigentes da Odebrecht, bem como prova de autoria em relação aos investigados Rogério Santos de Araújo, Márcio Faria da Silva, Cesar Ramos Rocha, Alexandrino de Salles Ramos de Alencar e Marcelo Bahia Odebrecht.

O contexto então desvendado permite que se infira, em juízo de cognição sumária, que MARCELO BAHIA ODEBRECHT, Rogério Santos de Araújo e Márcio Faria da Silva exerciam, sob a coordenação do paciente, papel fundamental no esquema de cartelização de contratos (não somente da Petrobras, mas também da Eletrobras, como revelaram informações posteriores).

MARCELO BAHIA ODEBRECHT teria repassado a seus subordinados instruções para dificultar a investigação, seja pela 'limpeza' das provas então existentes, seja pela coordenação de diversas ações tendentes a dificultar a sua colheita.

Tais atos atentam contra a higidez da investigação, exigindo, pois, a intervenção judicial a fim de preservar a instrução criminal. E, nesse aspecto, dada a sua importância e proximidade com os principais dirigentes, não parece suficiente eventual afastamento do paciente - espontâneo ou não - de suas atividades formais na empresa.

5.5. Chama também a atenção a admissão de Dalton Avancini, Presidente da Camargo Corrêa, revelando a existência de idêntico sistema de cartelização de contratos no âmbito da Eletrobras, acobertado mediante o pagamento de propinas a agentes públicos. Narra o colaborador que, em agosto de 2014, quando a 'Operação Lava-Jato' já havia adquirido notoriedade, as empreiteiras do chamado clube, dentre elas a Construtora Norberto Odebrecht se reuniram para tratar de ajustes e pagamento de propinas. Diz a decisão impugnada:

Como também adiantado na decisão anterior, Dalton Avancini, Presidente da Camargo Correa, em seu acordo de colaboração, revelou acordos de pagamentos de propina envolvendo a Camargo Correa, a Andrade Gutierrez e a Odebrecht nos contratos de construção da Hidrelétrica de Belo Monte (processo 5013949-81.2015.404.7000, termo de depoimento nº 09). O mesmo colaborador, Dalton Avancini, em seu termo de depoimento nº 06, processo 5013949-81.2015.404.7000, também revelou que as empreiteiras Camargo Correa, UTC Engenharia, Odebrecht, Andrade Gutierrez, Queiroz Galvão, Techin e EBE, em cartel, teriam ajustado duas licitações em obras de Angra 3 (Angra03 e UNA03) e ainda teriam acertado o pagamento de propinas a empregados da Eletronuclear, que teriam colocado nas licitações cláusulas restritivas à concorrência para favorecer o cartel. Mais perturbadora a afirmação do colaborador de que, em agosto de 2014, ou seja, quando as investigações da Operação Lavajato já haviam se tornado públicas e notórias, as empreiteiras, entre elas a Odebrecht, reuniram-se para discutir, entre outros assuntos, o pagamento de propinas a dirigentes da Eletrobras.

A revelação do referido colaborador acerca do ajuste de propinas no segundo semestre de 2014, quando já em curso as investigações contra as empreiteiras, é mais uma indicativo da necessidade da prisão preventiva dos executivos envolvidos para romper a aludida regra do jogo de cartel, fraude à licitação e pagamento de propina a agentes públicos, ainda que agora em outros âmbitos da Administração Pública.

É certo que essas declarações quanto à Hidrelétrica de Belo Monte e de Angra3 ainda precisam ser melhor apuradas, mas elas têm plausibilidade considerando os fatos já provados nos contratos da Petrobrás. Além disso, são aqui invocadas, não como pressupostos da preventiva (prova de autoria e materialidade de crimes), mas como indicativos do risco de reiteração das práticas delitivas sem a preventiva, já que o esquema criminoso teria se reproduzido em outras estatais e persistido mesmo após o início das investigações.

A atuação do esquema criminoso de cartel, ajuste de licitações e propinas para além dos contratos da Petrobrás também foi confirmado, supervenientemente, pela mensagem eletrônica acima transcrita que aponta ajuste de licitação do Governo do Estado da Bahia para obras da Barragem de Pindobaçu.

Não se faz necessário, neste momento, maior aprofundamento a respeito da infiltração do grupo na Eletrobras. Todavia, causa perplexidade que, nem mesmo a evolução e amplitude das investigações inibiram a prática já consolidada de crimes, atraindo a necessidade de intervenção judicial para interromper o ciclo de ilícitos praticados.

Estão presentes, portanto, prova da materialidade e indícios suficientes de autoria.

Reservando-se, pois, a prisão preventiva aos investigados com posição de preponderância no grupo, vejo como necessária a manutenção da prisão preventiva do paciente. É pertinente esclarecer que, ao contrário do que amplamente divulgado, não estamos diante de prisão utilizada como meio de obtenção de delações premiadas.

O histórico do processo é extenso, não sendo possível tal conclusão da análise crítica e exclusiva do decreto prisional ora impugnado. Há critérios para a decretação das prisões, os quais se fundam no art. 312 do Código de Processo Penal, reservadas, como já ressaltado pela 8ª Turma deste Tribunal, aos principais atores da empreitada criminosa. Assim, *'em um grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservada aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuem o domínio do fato - como os representantes das empresas envolvidas no esquema de cartelização - ou que exercem papel importante na engrenagem criminosa'*. (HC nº 5016763-17.2015.404.0000).

Ademais, a realidade processual contradiz qualquer assertiva em sentido contrário. Há delatores presos e não delatores em liberdade. Bom exemplo é o caso do investigado e réu Ricardo Ribeiro Pessoa, Diretor da UTC, que, mesmo após a obtenção da liberdade provisória, decidiu, por iniciativa própria, celebrar acordo de delação premiada. Gerson de Mello Almada, dirigente da Engevix, mesmo sem recorrer ao acordo de colaboração, admitiu a existência de cartel, do pagamento de propinas e indicou a participação da Odebrecht no esquema.

5.6. Assim, justifica-se a prisão preventiva, seja por força do risco à instrução processual, dada a existência de indicativos que o paciente pretendeu destruir provas, seja à ordem pública, ante a reiterada e multiplicidade de condutas ilícitas praticadas por meio de pessoas jurídicas, as quais até hoje mantêm contratos com a administração pública, atuando de modo organizado e cooperado para fraudar licitações, aferir ganhos extraordinários, bem como risco à ordem econômica. Sobre este último aspecto, desnecessário gastar tinta, porquanto basta abrir qualquer jornal para verificar os prejuízos causados à Petrobrás, à economia nacional e as severas consequências internacionais que a empresa e o Estado estão na iminência de sofrer.

De resto, a jurisprudência tem, com acerto, acolhido a segregação cautelar como forma de preservação da ordem pública, nos casos de reiteração delitiva. A propósito, os precedentes que seguem, todos eles relacionados à investigação em curso:

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. REITERAÇÃO DELITIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. MEDIDA SUBSTITUTIVA. INSUFICIÊNCIA. (...) 3. A reiteração das condutas delituosas imputadas ao paciente, demonstra não só sua indiferença perante o direito, mas também sua intenção de continuar praticando crimes, revelando maior à ordem pública e a necessidade de cessar a atividade criminosa. Hipótese em são insuficientes a fixação de medidas cautelares diversas da prisão para obstar tal prática. 4. O reconhecimento do excesso de prazo da instrução é medida excepcional, somente admissível quando a demora for injustificada, impondo-se a adoção de critério de razoabilidade no exame da sua eventual ocorrência. 5. Os prazos para conclusão de inquérito policial ou instrução criminal não são peremptórios, podendo ser dilatados dentro de limites razoáveis, quando a complexidade da investigação assim exigir. 6. Denegada a ordem de habeas corpus. (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5021362-33.2014.404.0000, 8ª TURMA, minha relatoria, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 26/09/2014).

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA. REITERAÇÃO DA PRÁTICA CRIMINOSA. REDUÇÃO DA FIANÇA. PEDIDO POSTERIOR À IMPETRAÇÃO. INOVAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. 1. O habeas corpus não é afeto ao amplo e irrestrito contraditório. Ainda que se trate de remédio constitucional, novas teses e documentos devem ser examinados com cautela pelo juízo recursal, considerando que a análise da legalidade do ato judicial impugnado deve se dar pela mesma ótica da autoridade coatora, sob pena de supressão de instância. Hipótese em se mostra incabível a emenda à inicial. 2. A prisão provisória é medida rigorosa que, no entanto, se justifica nas hipóteses em que presente a necessidade para tanto e sendo necessária a demonstração da existência de indícios da materialidade do crime, bem como que haja indício suficiente da autoria. 3. Verificada a presença dos elementos necessários à aplicação da prisão preventiva. A reiteração das condutas delituosas imputadas ao paciente, demonstra não só sua indiferença perante o direito, mas também sua intenção de continuar praticando crimes, revelando maior à ordem pública e a necessidade de cessar a atividade criminosa. 6. Habeas corpus conhecido em parte. Ordem denegada. (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5007405-62.2014.404.0000, 8ª TURMA, minha relatoria, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 09/07/2014).

Na mesma linha o entendimento do Supremo Tribunal Federal e o do Superior Tribunal de Justiça:

A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da possibilidade de reiteração criminosa, a qual revela a necessidade da constrição. (HC 96.977/PA, 1.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 09/06/2009).

Prisão preventiva para garantia da ordem pública face a circunstância de o réu ser dado à prática de roubos qualificados pelo emprego de arma de fogo em concurso de pessoas. Real possibilidade de reiteração criminosa. A periculosidade do réu, concretamente demonstrada, autoriza a privação cautelar da liberdade para garantia da ordem pública. (HC 96.008/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. 02/12/2008)

Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia preventiva do réu foi imposta mediante idônea motivação, sobretudo na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e acautelar o meio social, dada a sua periculosidade. (HC 100.714/PA, 5.ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18/12/2008).

Nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, a reiteração de condutas ilícitas, o que denota ser a personalidade do paciente voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da

medida constritiva para garantia da ordem pública. (HC 75.717/PR, 5.ª Turma, Rel. Des. Jane Silva, j. 06/09/2007)

Por todo o exposto, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria e, ainda, havendo risco concreto à ordem pública pela recente reiteração da conduta delitiva, sobretudo com novos atos de lavagem de dinheiro, além de risco à aplicação da lei penal, cabível a decretação da prisão preventiva do paciente.

6. Medidas cautelares diversas da prisão

Ainda que não requerida expressamente, deve ser examinada a possibilidade ou não de fixação de medida alternativa à prisão. Pois bem, estão presentes os requisitos estabelecidos pelo legislador no art. 312 do Código de Processo Penal para a decretação da prisão preventiva e mostram-se insuficientes as medidas previstas no art. 319 do mesmo diploma legal.

Portanto, em que pese as alegações formuladas pelo impetrante, verifica-se, no caso em tela, a presença dos requisitos autorizadores da decretação da prisão preventiva, ou seja, o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis*, bem como a impossibilidade de se impor medidas cautelares diversas da prisão.

A reiteração das condutas delituosas demonstra não só a indiferença do paciente perante o direito, mas também revela maior risco à ordem pública e à necessidade de cessar a atividade criminosa. Em casos tais, a negativa à substituição a posição é acolhida pela jurisprudência deste Tribunal: '*A prisão preventiva é medida adequada e necessária para frear a atividade ilícita, diante da reiteração da conduta delituosa (habitualidade delitiva ou crime como meio de vida), diante da insuficiência de outras medidas cautelares para obstar tal prática*' (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5002073-17.2014.404.0000, 8ª TURMA, Juíza Federal SIMONE BARBISAN FORTES, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 25/02/2014).

Igualmente, '*justifica-se a adoção da prisão preventiva como forma de garantir a ordem pública, em face do risco de reiteração criminosa*' (TRF4, HABEAS CORPUS Nº 5029826-80.2013.404.0000, 7ª TURMA, Juiz Federal JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 15/01/2014).

É oportuno referir que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 24 de novembro, ao julgar o HC nº 302.604/PR, impetrado pela defesa de outro investigado na mesma operação - custodiado desde 01/07/2014 -, negou-lhe seguimento. Contudo, registrou breve incursão no mérito da prisão preventiva. Do voto do Relator, Ministro Newton Trisotto (Desembargador convocado), extrai-se:

05.04. *Em suma: Havendo fortes indícios da participação do paciente em 'organização criminosa' (Lei n. 12.850, de 2013), em crimes de 'lavagem de capitais' (Lei n. 9.613, de 1998) e 'contra os sistema financeiro nacional' (Lei n. 7.492, de 1986), todos relacionados com fraudes em processos licitatórios dos quais resultaram vultosos prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.*

(...)

A toda evidência, não se encontram presentes os pressupostos legais autorizadores da substituição da prisão preventiva por outras medidas cautelares.

Impende ressaltar que a prisão preventiva foi decretada porque necessária à preservação da 'ordem pública' - que, conforme Guilherme de Souza Nucci, 'é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização em forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente' - e que há fortes provas da participação do paciente em atos de corrupção dos quais resultaram vultosos danos ao patrimônio público.

Valho-me de precedente esta Turma para rejeitar a postulação do paciente:

'Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas quando a segregação encontra-se justificada na periculosidade social do denunciado, dada a probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da grave infração denunciada' (RHC 50.924/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 23/10/2014).

Por todas as razões já destacadas com relação à materialidade e aos indícios de autoria e, ainda, sendo necessária a prisão preventiva e inviável a sua substituição por medidas alternativas, deve ser mantida na íntegra a decisão de primeiro grau.

Ante o exposto, voto por denegar a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.

Desembargador Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Relator