

Defesa diz que juíza não podia decretar prisão de Maluf

O advogado José Roberto Leal de Carvalho entrou com um Habeas Corpus em favor do ex-prefeito Paulo Maluf (PP) no final da tarde desta quarta-feira (14/9). O político, ao lado do filho Flávio, cumpre prisão preventiva por coação de testemunhas no processo em que é acusado de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, sonegação fiscal e corrupção. Eles estão presos desde sábado.

Leal de Carvalho argumenta que a juíza Sílvia Maria Rocha, da 2ª Vara Criminal Federal em São Paulo, não poderia decretar a prisão do ex-prefeito, porque o crime de corrupção teria acontecido durante a gestão de Maluf como prefeito de São Paulo. Uma lei do presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB), cuja constitucionalidade está em discussão no Supremo Tribunal Federal, garante a ex-autoridades o foro privilegiado para ações relativas ao mandato.

Por analogia, as autoridades que respondem a crimes estaduais no Tribunal de Justiça devem responder a crimes federais no Tribunal Regional Federal. Por isso, Maluf quer ser processado no tribunal. Caso o juiz convocado concorde com os argumentos, as decisões da juíza de primeira instância perdem a validade.

Os criminalistas José Roberto Batochio e Guilherme Octávio Batochio entraram com pedido de Habeas Corpus em favor de Flávio Maluf na tarde de terça-feira. No pedido, sustentaram que o empresário não poderia ser acusado de corrupção passiva pois nunca ocupou cargo público e não podia ser denunciado por formação de quadrilha ao lado do pai, pois os outros dois réus da ação, Simeão Damasceno de Oliveira e Vivaldo Alves — conhecido como Birigui —, não foram enquadrados neste crime.

Além disso, repetem os argumentos que foram desprezados pela juíza quando decretou a prisão dos réus. Os criminalistas haviam alegado que Birigui é acusado e, portanto, não houve cooptação de testemunha. Protestaram ainda contra o fato da investigação ter sido chefiada por uma equipe de Brasília e a publicidade dada às degravações e às íntegras das conversas entre os réus, gravadas com autorização judicial.

Os pedidos devem ser analisados pelo juiz federal convocado Luciano Godoy, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Por prevenção, devem ser enviados para análise da desembargadora Vesna Kolmar. A prevenção se deve ao fato de ela já ter julgado outros recursos relativos às mesmas denúncias. Como a desembargadora está de férias, quem julga o caso é seu substituto regimental, Godoy, que é secretário-geral da Ajufe — Associação de Juízes Federais do Brasil.

Leia a íntegra do HC

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR FEDERAL PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Os advogados **AMÉRICO MASSET LACOMBE** e **JOSÉ ROBERTO LEAL DE CARVALHO**, brasileiros, divorciado o primeiro e judicialmente separado o segundo, inscritos na Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, sob os números 24. 923 e 26.291, com escritórios

na Rua Amaral Gurgel, nº 447, conjunto 61, e na av. São Luiz, nº 50, conjunto 121-A, na cidade de São Paulo, com fundamento no art. 5º, incisos LIII, LIV, LV e LXVIII, da Constituição da República, e também nos artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal, vêm impetrar ordem de

HABEAS CORPUS com pedido de concessão de medida liminar

em favor do paciente **PAULO SALIM MALUF**, brasileiro, casado, engenheiro, portador da cédula de identidade com R.G. nº 1.227.618/SP, residente na rua Costa Rica, nº 143, na cidade de São Paulo, uma vez que está sofrendo constrangimento ilegal da parte da MMª **JUÍZA FEDERAL DA 2ª VARA CRIMINAL FEDERAL DA 1ª SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, aqui apontada como **Autoridade Coatora**, que decretou a prisão preventiva nos autos da ação penal nº **2002.61.81.006073-3** sem a necessária fundamentação jurídica, conforme a seguir será exposto.

I – Um histórico necessário dos procedimentos de natureza penal contra o paciente na Justiça Federal de São Paulo

Embora possa haver algum prejuízo à concisão, em razão de circunstâncias particulares como v.g. a imensa repercussão na imprensa sobre os processos criminais que envolvem a pessoa do paciente, entendem os impetrantes ser necessário um relato preciso acerca da maneira como eles foram instaurados.

Até pouco tempo atrás, tramitavam no foro criminal da Justiça Federal em São Paulo nada menos do que 5 (cinco) procedimentos de natureza criminal. Todos eles estavam na 8ª Vara Criminal Federal e, basicamente, diziam respeito a pretensos atos de improbidade que teriam sido praticados pelo paciente durante seu mandato de Prefeito da cidade de São Paulo, que foi exercido entre 1º de janeiro de 1993 e 31 de dezembro de 1996. E quatro deles tinham o mesmo objeto, ou seja, o pretense superfaturamento de duas obras viárias, em que o produto do desvio das verbas públicas teria sido remetido para o exterior e depositado em contas-correntes de bancos estrangeiros.

O primeiro caso tratava da suposta emissão irregular de letras do Tesouro Municipal para o pagamento de dívidas decorrentes de precatórios judiciais, que ficou conhecido como o “Caso do Precatórios”. Em realidade, esse caso propiciou o oferecimento de duas denúncias distintas que descreviam os mesmos fatos. A primeira delas foi oferecida pelo Ministério Público Estadual perante o E. Tribunal de Justiça de São Paulo, feito nº 260.299.3/1, e aos denunciados era atribuída a prática dos crimes de falsidade ideológica (art. 299, § único, do Código Penal) e de violação aos incisos III e VIII, do art. 1º, do Decreto-Lei 201/67, que define os crimes de responsabilidade dos prefeitos e vereadores. A segunda denúncia, pelos mesmos crimes, foi oferecida pelo Ministério Público Federal perante o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e deu origem ao feito nº **1999.61.81.000262-8**.

Em junho de 2000, a Colenda 4ª Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça de São Paulo houve por bem declinar da competência em favor da Justiça Federal, e os autos foram remetidos para este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Nesta E. Corte, deu-se vista dos autos ao Ministério Público Federal que optou por apresentar um aditamento à primitiva denúncia. E antes mesmo que este E. Tribunal, pelo seu

Órgão Especial, decidiu pelo recebimento ou não da denúncia, o Supremo Tribunal Federal revogou a Súmula nº 394. Por conta disso, os autos foram remetidos para a primeira instância, para a 8ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, que estava preventa porque o inquérito policial que havia sido instaurado para a apuração daqueles fatos, pela Polícia Federal, havia sido distribuído para aquele r. Juízo.

No dia 5 de julho de 2001, a MMa. Juíza da 8ª Vara Criminal Federal recebeu a denúncia e seu aditamento, e o processo passou a ter regular andamento, até que foi decretada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do ora paciente. Contra tal decisão foi interposto recurso em sentido estrito, ao qual este E. Tribunal negou provimento; houve a interposição de recurso especial que, por unanimidade de votos, foi também improvido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo relator o Min. Gilson Dipp.

Ocorre que, dias antes do recebimento daquela denúncia, em meados do mês de junho de 2001, a imprensa noticiou que o Ministério Público do Estado de São Paulo, desde o ano 2000, estava promovendo uma investigação sobre supostos depósitos de valores numa conta-corrente de um banco situado na Ilha de Jersey, cujo beneficiário seria o paciente. O expediente utilizado para a “formalização” das investigações foi um certo “P.A.” (procedimento apuratório) ou “P.I.” (procedimento investigatório), que são os apelidos dados pelos Promotores de Justiça de São Paulo para verdadeiros inquéritos policiais, por meio dos quais, ao arrepio de disposições constitucionais, são realizadas investigações de infrações penais. Tais procedimentos não se sujeitam ao controle jurisdicional, inexistindo prazo para a sua conclusão, e sistematicamente são violados princípios fundamentais de garantia assegurados pela Constituição, como os do devido processo legal e da ampla defesa.

Depois de haver sido “vazada” para a imprensa a notícia dessa investigação, o Promotor de Justiça responsável pelo tal P.A. (ou P.I.) viu-se obrigado a apresentar os documentos de que dispunha para o MM. Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da Comarca da Capital de São Paulo – DIPO, porque pretendia a quebra dos sigilos telefônico, bancário e fiscal do paciente e de seus familiares. O MM. Juiz de Direito acabou por determinar que aquele procedimento fosse registrado e autuado como inquérito policial. E há de ser esclarecido, também, que paralelamente a tal investigação já havia sido instaurado um inquérito policial, este presidido pelo Delegado de Polícia da 2ª Delegacia Seccional de Polícia da Capital, cujo objeto era a apuração de pretensão superfaturamento de duas obras viárias iniciadas na gestão do ex-prefeito: o túnel Ayrton Senna, sob o parque do Ibirapuera, e a avenida Águas Espraiadas, que hoje se chama Av. Roberto Marinho.

Como a imprensa registrou na época, a notícia de que Promotores de Justiça estavam realizando aquelas investigações sobre possíveis depósitos na ilha de Jersey provocou ciúmes em alguns Procuradores da República, que não admitiam que o troféu de algos de Paulo Maluf ficasse com os membros do Ministério Público Estadual. Estabeleceu-se, então, uma verdadeira disputa entre os dois órgãos, tanto que, no seio da Procuradoria da República em São Paulo, foi instaurado um certo **“procedimento criminal nº 1.34.001.002102/2001-13”**, sob a responsabilidade da Procuradora da República Dra. Denise Neves Abade que, em 26 de junho de 2001, apresentou uma petição à MMa. Juíza da 8ª Vara Criminal Federal, pela qual requereu a expedição de ofício ao MM. Juiz de Direito do DIPO, para que este remetesse aqueles autos para a Justiça Federal e, em caso de recusa, para que fosse **“suscitado Conflito Positivo de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça”**. Vale a pena a transcrição

do cerne dessa petição, em que a Dra. Procuradora da República ressalta a existência de uma pretensa conexão com os crimes que eram objeto do processo relativo ao “Caso dos Precatórios”:

“No dia 11 de junho do corrente ano, foi instaurado junto ao Núcleo Criminal da Procuradoria da República em São Paulo procedimento para elucidação de fatos em tese criminosos com repercussão direta na esfera de competência da Justiça Federal e da atribuição do Ministério Público Federal (crime de ocultação de bens, direitos e valores previstos na Lei 9.613/98; crime de evasão de divisas, previsto na Lei 7.492/86 e crime contra a ordem tributária, previsto na Lei 8.137/90), que teriam sido perpetrados por Paulo Salim Maluf, Sylvia Maluf, Flávio Maluf, Lina Maluf, Octávio Maluf e Jacqueline Maluf (Representação Criminal MPF PR/SP 1.34.001.002102/2001-13).

Segundo restou apurado, o órgão federal COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, ligado ao Ministério da Fazenda, foi informado pela unidade de inteligência da Polícia da Ilha de Jersey, Ilha Virgens, Reino Unido sobre movimentações financeiras suspeitas em nome dos acima mencionados.

Não obstante os fatos a serem apurados versarem sobre matéria flagrante-mente federal, foi requerido junto à Justiça Estadual pedido de quebra de sigilo bancário em face dos suspeitos nas contas bancárias existentes naquele paraíso fiscal. A petição foi distribuída ao exmo. Dr. Maurício Lemos Porto, Juiz de Direito do DIPO. (...)

O próprio pedido formulado pelo MPE admite, de pronto, conexão da suposta lavagem de dinheiro que ensejaria na quebra de sigilo bancário com crimes de competência desta Justiça. Primeiro, crime contra a ordem tributária federal. Depois, alerta o dd. promotor sobre inquéritos e processos por crime contra a administração pública cometidos por Paulo Salim Maluf durante o período em que ocupou cargo de Prefeito do Município de São Paulo – os quais, por decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, encontram-se, em sua maioria (notadamente aqueles relacionados com a emissão de títulos precatórios), tramitando perante a Justiça Federal, nesta Vara, sob o nº 1999.61.81.000262-8.

(...)

Ante o exposto, considerando os autos nº 1999.61.81.000262-8, que tramitam nesta Vara e tratam de crime contra a Administração Pública perpetrados em tese por Paulo Salim Maluf, Celso Pitta e Wagner Ramos consistente em fraude na emissão de títulos precatórios, bem como o eminente interesse federal nos fatos ora descritos, para evitar eventual prejuízo à persecução penal e à delonga processual que afronta o conceito de justiça, requer o MPF seja solicitada junto à Justiça Estadual a remessa imediata do feito (pedido de quebra de sigilo) para esta Vara, preventiva para conhecer dos fatos.

Desde já, requero, caso a solicitação seja negada, seja suscitado Conflito Positivo de Competência junto ao Superior Tribunal de Justiça.”¹

Mais tarde, ante a reiteração desse último pedido, a MMa. Juíza da 8ª Vara Criminal Federal acabou por suscitar o Conflito de Competência, que foi tombado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça sob o nº **32.861/SP**, sendo Relator o Eminentíssimo Ministro GILSON DIPP.

A mencionada disputa entre os dois órgãos do Ministério Público apenas se findou com a decisão proferida no aludido incidente, que firmou a competência da Justiça Federal. Mais tarde, como será adiante relatado, passou a existir estreita cooperação entre os Procuradores da República e os Promotores de Justiça, ocupando-se estes de um inquérito civil, que durante bom tempo era chamado simplesmente de “**Protocolado nº PJC-CAP n.º 344/01**”, para futuro ajuizamento de ação civil pública que teria como objeto o ressarcimento dos supostos danos sofridos pelo erário em razão do pretenso superfaturamento das já aludidas obras viárias.

E há de ser dito, ainda, que a partir da definição da competência, o Ministério Público Federal teve deferido o seu requerimento formulado ao d. Juízo da 8ª Vara Criminal Federal para o estabelecimento de cooperação judiciária internacional, que deu ensejo à formação dos autos do feito nº **2001.61.81.005327-0**, que foi registrado como inquérito policial, mas cujos autos nunca estiveram na Polícia Federal, pois sempre se encontravam nas dependências da Procuradoria da República em São Paulo e raramente iam para a secretaria do Juízo.

E também em razão da definição da competência, a Justiça Estadual remeteu para a 8ª Vara Criminal Federal os autos daquele “P.A.” ou “P.I.” do Ministério Público Estadual, que deu origem ao feito nº **2001.61.81.006491-6**. Em seguida, também foram remetidos para o mesmo Juízo os autos daquele aludido inquérito policial que tinha por objeto a apuração de suposto superfaturamento de obras públicas, o qual foi registrado sob o nº **2002.61.81.006280-8**, também da 8ª Vara Criminal Federal.

Mas não contente com os três feitos acima², mais tarde, em agosto de 2002, o Ministério Público Federal entendeu de requisitar à Polícia Federal a instauração de outro inquérito policial para a apuração de supostos crimes de corrupção ativa e passiva (arts. 317 e 333, do Código Penal), evasão de divisas (art. 22, da Lei 7.492/86) e sonegação fiscal (art. 1º, da Lei 8.137/90), como mostram as cópias que instruem a presente impetração como **doc. nº 3**. Tal inquérito policial foi registrado sob o nº **2002.61.81.006073-3** e, depois de marchas e contra-marchas³, também acabou sendo remetido para a 8ª Vara Criminal Federal. Anote-se, ainda, que esse inquérito experimentou um estranhíssimo andamento: depois que foi remetido ao fórum pela primeira vez, em outubro de 2002, com pedido de dilação de prazo para a sua conclusão, apenas voltou para as dependências da Polícia Federal em raras oportunidades e por pouquíssimos dias, pois sempre permaneciam os autos “acautelados” — é esse o termo usado pelo Dr. Procurador — na Procuradoria da República em São Paulo⁴.

Assim, como se viu, todos esses quatro procedimentos estavam afetos à 8ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo, até que sobreveio a criação de varas especializadas em crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem de Valores, e todos eles foram redistribuídos para o r. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal.

Em 15 de outubro de 2004, o Dr. Procurador da República que tinha como função (aliás, tudo indica que se tratava de sua única função) a persecução penal contra o paciente e seus familiares, houve por bem oferecer uma “**denúncia parcial**” contra o Dr. Paulo Salim Maluf, por suposta infração ao parágrafo único do artigo 22, da Lei nº 7.492/86.

É importante anotar que tal denúncia foi oferecida a partir dos elementos que compunham os autos do inquérito nº **2001.61.81.005327-0**, que, como acima se viu, teve como origem aquela petição da Procuradora da República Dra. Denise Neves Abade, datada de 26 de junho de 2001, em que ela deu destaque à existência de conexão com os crimes que eram objeto do processo relativo ao “Caso dos Precatórios”. Tal denúncia foi recebida pela MMA. Juíza da 2ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que determinou o desmembramento dos autos em relação ao paciente, dando origem ao processo nº **2004.61.81.007555-1**, e embora com algum prejuízo à concisão, há de ser transcrito o cerne da “**cota de introdução**”, conforme mostram as cópias anexas que constituem o **doc. nº 4**:

“Autos nº 2001.61.81.005327-0

MM. Juiz Federal da 2ª Vara Criminal:

Cota de Introdução:

Os presentes autos foram instaurados no âmbito de uma investigação criminal que buscava a confirmação de que PAULO SALIM MALUF, e seus familiares, possuem depósitos ilegais no exterior, o que foi notificado internamente inicialmente pelo COAF/MF. De conseguinte, foi deflagrado, também nestes autos, a cooperação penal internacional, tendo sido solicitada assistência probatória à ILHA DE JERSEY e posteriormente à SUÍÇA. Este país respondeu positivamente à cooperação solicitada pelas autoridades brasileiras, encaminhando, em março deste ano (fls. 1.797-98), os documentos bancários internacionais que foram autuados como apensos (volumes I e VIII, sendo que o IX e X, abrange traduções parciais dos documentos estrangeiros).

Embora os documentos tenham chegado em março ao Brasil, só agora teve o Ministério Público Federal condições de firmar seu convencimento sobre os fatos. É que os mesmos, além de complexos, envolvendo operações bancárias internacionais realizadas através de diversas pessoas jurídicas e por intermédio de contas e subcontas, demandaram ainda a realização de tradução, para os fins previstos no art. 236 do CPP, bem como a confecção de Laudo Pericial (está disponível, por ora, o produzido pelo MPE). **De sorte que só neste momento o MPF teve condições de formular sua opinio delicti, e mesmo assim pede vênia para deduzi-la apenas parcialmente, conforme se demonstrará.**

Entre os diversos delitos que os documentos encaminhados pela Suíça evidenciam está, em tese, aquele previsto no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86. De outro lado, um dos investigados nestes autos, PAULO SALIM MALUF, possui idade superior a 70 anos de idade, o que permite, em favor de sua pessoa, o benefício da prescrição pela metade, conforme preceitua o art. 115 do CP. Assim, tendo em vista a específica condição deste co-investigado, **vem o Ministério Público Federal, em vista a iminência da prescrição da pretensão punitiva, deduzir a presente imputação parcial em relação ao específico fato criminal da evasão de divisas envolvendo PAULO SALIM MALUF, deixando expresso que tal procedimento não importa, em nenhuma hipótese, no arquivamento implícito em relação aos demais fatos envolvendo PAULO SALIM MALUF e demais agentes, que serão**

objetos, no momento oportuno, da imputação ampla.

Requer, assim, o Ministério Público Federal o desdobramento (sic) do processo em relação a este denunciado, com fulcro no art. 80 do Código de Processo Penal, e a autuação e o recebimento da imputação em anexo, com as providências de estilo, entre os quais a requisição dos antecedentes criminais.” (os destaques em negrito são dos impetrantes)

Embora o Dr. Procurador capciosamente haja omitido na tal “cota de introdução”, assim como na denúncia que ofertou, o certo é que os fatos que são objeto dessa ação penal dizem respeito ao exercício do cargo de Prefeito Municipal de São Paulo pelo paciente, porquanto, como foi dito acima, algum tempo depois de cessada a disputa entre os membros do Ministério Público Federal e os do Ministério Público do Estado de São Paulo, ambos os órgãos passaram a promover atos de investigação conjuntos, tanto que os depoimentos que passaram a ser tomados no inquérito civil sempre contaram com a participação do seu presidente, o Promotor de Justiça Dr. Silvio Marques, e do Procurador Dr. Pedro Barbosa Pereira Neto.

E mais. Na própria denúncia que ofereceu nos autos n.º 2004.61.81.007555-1 (confira-se o doc. n.º 5), o Dr. Procurador da República afirma expressamente que ela teve por base elementos do inquérito civil instaurado pelo Ministério Público do Estadual que, como se disse, tinha a finalidade de viabilizar a propositura de ação civil pública, e cujo objeto, definido pelo seu presidente, é a **“Existência de contas correntes do ex-prefeito paulistano Paulo Salim Maluf e familiares no exterior — eventual origem ilícita dos recursos — desvio de verbas públicas — utilização de empresas ‘offshore’ — enriquecimento ilícito — improbidade administrativa — art. 9º da Lei n. 8.429/1992 e art. 159 do Código Civil de 1916”**.

Mas não só. Quase que concomitantemente ao oferecimento da mencionada denúncia, ou seja, três dias depois, em 18 de outubro, foi aforada perante o r. Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital (**feito n.º 1706/053.04.028613-7**), contra o ora paciente e mais trinta e seis pessoas físicas e jurídicas, uma **“AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA”**, prevista pela Lei n.º 8.429/92 (que “dispõe sobre as sanções aplicáveis **aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função** na administração pública direta, indireta ou funcional), em que figura como autor o Ministério Público do Estado de São Paulo, representado pelo aludido Promotor Sílvio Marques e por todos demais membros da Promotoria de Justiça da Cidadania da Comarca da Capital.

E em 27 de outubro de 2004, a inicial dessa ação, bem como de alguns documentos que a instruíram, foram levados pelo Dr. Procurador da República para compor os autos do feito n.º **2001.61.81.005327-0**. E a propósito, não custa recordar que tal procedimento era, por assim dizer, o “feito-mãe” do qual foram extraídas as cópias dos documentos que constituem a base da denúncia que deu origem à ação penal “desdobrada”, n.º **2004.61.81.007555-1**, em que o paciente foi interrogado no dia 6 de dezembro de 2004, e que passou a ter tramitação normal.

Em seguida, em 24 de novembro de 2004, o Dr. Procurador ofereceu nova exordial naquele chamado

“feito-mãe”, n.º **2001.61.81.005327-0**, em que foram denunciados o paciente e mais dois de seus filhos, e seus respectivos cônjuges, sendo a eles atribuída a prática dos crimes de quadrilha, evasão de divisas, lavagem de dinheiro.

Portanto, até bem pouco tempo atrás, havia duas ações penais distintas que tramitavam concomitantemente. Na primeira delas, de n.º **2004.61.81.007555-1**, em duas oportunidades a defesa pleiteou o reconhecimento da extinção da punibilidade pela prescrição, a última delas por ocasião da defesa prévia. O Dr. Procurador opinou desfavoravelmente, chegando a registrar com veemência que *“A defesa do acusado PAULO SALIM MALUF insiste no requerimento de extinção da punibilidade (...) A matéria, de outro lado, já foi objeto de duas decisões da Justiça Federal (quando recebeu a imputação e quando indeferiu o pleito) sendo inconcebível a insistência da defesa com a mesma tese, cujo acolhimento, nessa fase preliminar, impediria até mesmo o Ministério Público de provar a hipótese acusatória”*.

Porém, antes que a defesa voltasse a provocar nova decisão da MMA. Juíza, inexplicavelmente o mesmo Dr. Procurador entra nos autos com um pedido para a decretação da extinção da punibilidade, o que redundou na decisão proferida no dia 27 de maio de 2005, que pôs fim à ação penal, a qual transitou em julgado.

Em seguida, em 11 de março do corrente ano, o Dr. Procurador da República provocou a distribuição de um procedimento, que era desconhecido pela defesa, que foi tombado com o n.º **2005.61.81.001435-9**, e que, depois de distribuído por dependência, a seu pedido, foram os autos levados por Sua Excelência que, mais tarde, em 3 de junho, voltou com um aditamento à denúncia que havia sido oferecida no chamado “feito-mãe”, de n.º **2001.61.81.005327-0**, para ser incluída no pólo passivo da relação processual a mulher do paciente, D. Sylvia Lutfalla Maluf, que não havia sido denunciada, e também ser imputada a ele, em co-autoria e em continuidade delitiva, outras condutas que caracterizariam crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, VI, da Lei nº 6.913/98), relativamente a seis contas-correntes mantidas em bancos franceses.

E nesse feito-mãe há um fato de especial relevância, sobre o qual a MMA. Juíza da 2ª Vara Criminal ainda não se pronunciou. É que, no dia 11 de julho de 2005, o Dr. Procurador levou para os autos uma petição, cuja cópia que integra a presente como **doc. n.º 6**, pela qual Sua Excelência requereu o desentranhamento de todos os documentos que haviam sido remetidos pela Suíça. Vale a pena a transcrição dessa petição, mesmo porque ela também diz respeito à prova da ação penal pela qual o paciente se encontra preso preventivamente:

“A presente ação penal está fundada em cópias de documentos encaminhados pelo Estado suíço por força de cooperação penal internacional estabelecida entre aquele país e o Estado brasileiro. Quando do oferecimento da denúncia, o Ministério Público federal, diante da cláusula de especialidade que rege a documentação suíça, renunciou expressamente ao crime de sonegação fiscal, e ofereceu denúncia por crime de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e formação de quadrilha e organização criminosa.

Passados 6 (seis) meses do início da ação penal, chega ao conhecimento do Ministério Público brasileiro

que as autoridades (sic) suíças consideraram que a utilização dos documentos estrangeiros também se encontraria vedado para lastrear a imputação na forma como foi articulada pelo Ministério Público federal, ou seja, para provar os delitos de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, formação de quadrilha e organização criminosa, conforme documentos em anexo.

Conquanto o Ministério Público federal entenda que a utilização das provas observou estritamente as normas do direito suíço, compreende, de outro lado, que o Brasil possui compromissos com a ordem jurídica internacional, dentre eles o de respeitar as normas internas de países cooperantes, e, notadamente, eventuais limitações do estado estrangeiro, assim como a ordem jurídica brasileira impõe restrições a cooperação em que o Brasil figura como estado requerido, de que é exemplo marcante as regras sobre extradição constante dos diversos incisos do art. 91 da Lei 6.815/80.

Não cabe, sob outro ângulo, e no âmbito estreito desta ação penal, desafiar a correção do entendimento suíço, visto que as gestões diplomáticas, pelo que se vê, foram insuficientes para clarear a posição brasileira sobre a mencionada utilização dos documentos. Assim, resta ao Ministério Público brasileiro, como órgão responsável, submeter-se a posição do Estado suíço, em ordem, inclusive, a evitar que qualquer radicalização possa gerar dificuldades ao Estado brasileiro neste e em outros casos submetidos a cooperação internacional.

Tendo em vista esse contexto, não resta outra alternativa ao Ministério Público federal do que, invocando a analogia com a doutrina das provas ilícitas, requerer a este Juízo o desentranhamento da documentação suíça que consta dos autos destes autos, observando que tais elementos probatórios podem, de qualquer sorte, ser utilizados nos autos do inquérito policial 2002.61.81.006073-3, onde se apuram crimes de lavagem de dinheiro e corrupção envolvendo alguns dos co-réus neste processo criminal e em relação ao qual não incide qualquer vedação de utilização das provas encaminhadas pelo Estado requerido.

De conseguinte, e após a decisão deste Juízo, aguarda abertura de vistas ao Ministério Público para que se possa requerer a extração de cópias de documentos pertinentes ao inquérito policial supramencionado.

Por fim, fica integralmente ressalvada a higidez da documentação encaminhada pelo Estado francês que fundamenta o aditamento oferecido à presente ação penal.”

Portanto, segundo o que se pode observar, o Ministério Público Federal reconhece que os documentos que foram enviados pela Suíça constituem prova ilícita, motivo pelo qual requereu o seu desentranhamento dos autos. No entanto, apesar disso, o Dr. Procurador da República também afirma que essa prova ilícita poderá ser utilizada no inquérito policial nº **2002.61.81.006073-3**! Ora, evidentemente não se está diante de uma inocente tolice, própria de quem não conhece a teoria dos frutos da árvore envenenada, mas diante de comportamento finório, de ludíbrio.

E por fim, no último dia 9, o mesmo Dr. Procurador, que a essa altura já havia sido promovido porém conseguiu que o então Exmo. Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, o designasse para officiar no mencionado inquérito, **ofereceu nova denúncia, que também é parcial**, pois Sua Excelência deixou claro que as condutas de possíveis co-autores serão objeto de procedimentos futuros diversos, como se as regras do processo relativas à conexão e à continência houvessem sido revogadas por um

novo princípio, desconhecido da doutrina, que se assemelha ao salame, que para ser consumido deve antes ser fatiado.

A nova denúncia, cuja cópia instrui a presente impetração como **doc. nº 2**, atribui ao paciente e seu filho a prática dos crimes de quadrilha, corrupção passiva, evasão de divisas, lavagem de dinheiro, definidos respectivamente pelos artigos 288 e 317, do Código Penal, art. 22, parágrafo único, da Lei n.º 7.492/86, e art. 1.º, incisos V, VI e VII, da Lei 9.613/98.

E além de receber essa denúncia, a d. Autoridade Coatora houve por bem decretar a prisão preventiva do paciente e de seu filho Flávio Maluf, que havia sido objeto de representação do Dr. Delegado de Polícia Federal que presidiu o inquérito, bem como de pedido candente formulado pelo Dr. Procurador da República, e é contra esta decisão, cuja cópia integra a presente como doc. nº 1, que se insurgem os impetrantes, porquanto não estão presentes os pressupostos e circunstâncias dessa medida extrema, e antes disso, é o r. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal incompetente para conhecer e julgar o processo, como adiante será demonstrado.

II – A incompetência do Juízo

A denúncia atribui ao paciente o crime de corrupção passiva, que teria sido cometido na qualidade de Prefeito do Município de São Paulo, cujo mandato foi exercido entre 1º de janeiro de 1993 e 31 de dezembro de 1996:

“Posteriormente, 1994, já na gestão do ex-Prefeito PAULO SALIM MALUF, ora denunciado, foi firmado um aditamento contratual para modificação do nome da contratada e, em 1995, foi transferida a titularidade do contrato para o Consócio ‘Água Espreada’, formado pelas empresas Mendes Junior Engenharia S/A e Construtora OAS Ltd. (...)

O ora denunciado PAULO SALIM MALUF, Prefeito Municipal entre os anos de 1993 a 1996, sempre mostrou vivo interesse na execução dos contratos públicos firmados para construção da Av. Água Espreada, havendo provas nos autos a dar conta de que, em 1995, teria forçado a divisão do contrato entre as empresas Mendes Junior e OAS (fls. 27 do apenso I), bem assim que mesmo após a cessação de seu mandato como prefeito, já em 1998, interveio pessoalmente junto ao seu sucessor – Celso Roberto Pitta do Nascimento – ‘cobrando pagamento das faturas a tais empresas’ (...).”

Nessa medida, por força do disposto no parágrafo 1.º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 10.628/02, é competente para o julgamento da ação esta Egrégia Corte, e não o r. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal.

De fato. Em que pesem respeitáveis argumentos em contrário, como o do Eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, cujo entendimento acerca da questão já era conhecido desde 1992⁵, data venia, pelo menos no que diz respeito à regra contida no parágrafo 1.º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, a Lei nº 10.628/02 não criou competência nova, mas apenas estabeleceu, de maneira clara, para evitar interpretações que contrariem a vontade do legislador, a prorrogação temporal dela depois de findo o

exercício do cargo pelos agentes detentores do foro por prerrogativa de função.

Portanto, o que se tem é regra que simplesmente disciplina ou regulamenta o mandamento constitucional preexistente, tal como aquela contida, por exemplo, no inciso IV, do artigo 40, da Lei nº 8.625/93, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Esse dispositivo determina que o membro do Ministério Público Estadual somente poderá ser processado criminalmente pelo Tribunal de Justiça do seu Estado. Dessa forma, se hipoteticamente um Promotor de Justiça de São Paulo pratica um delito no Rio Grande do Sul, deverá ser julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e não pelo do Estado gaúcho. E não obstante isso, tal dispositivo não pode ser tido, e de fato não é, como regra modificadora de competência, mas sim disciplinadora do mandamento constitucional. E tanto isso é verdadeiro que nunca a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ousou questionar a constitucionalidade desse dispositivo de sua Lei Orgânica.

De mais a mais, tal regulação normativa não fere em nada a garantia da isonomia, como adverte com acuidade a ilustre Procuradora da República PAULA BAJER FERNANDES DA COSTA :

“A Constituição, ao fixar as desigualdades, organiza o Estado para que as estruturas de poder encontrem formas seguras de atuação. Quando a Constituição estabelece competência criminal por prerrogativa de função, não está a privilegiar pessoas, mas cargos, possibilitando que as funções políticas sejam exercidas com independência e afastadas de pressões. As regras de competência servem ao estabelecimento anterior do juiz natural e colaboram para que não haja tribunais de exceção, como, aliás, é vedado na Carta Política (art. 5º, XXXVII). A Constituição, quando cria os foros por prerrogativa de função está desigualando para garantir a imparcialidade.”

E mais. Tanto esse dispositivo não viola princípios constitucionais que antes dele a matéria era disciplinada justamente pelo direito pretoriano, pela aludida Súmula 394, e atualmente, depois que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 2.797-2), por conta do indeferimento do provimento liminar que foi pleiteado (em 7 de janeiro de 2003), o Colendo Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido que enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ação, a lei não pode ser considerada inconstitucional e por isso mesmo deve ser imediatamente aplicada.

Aliás, a solução não poderia ser diversa, pois uma lei tida por inconstitucional apenas deixa de existir, de compor o ordenamento jurídico, quando o E. Supremo Tribunal Federal assim o decide definitivamente e, além disso, também se faz necessário que o Senado Federal suspenda a sua execução (art. 52, X, da Constituição). Assim, enquanto isso não ocorrer, a lei está em pleno vigor e deve ser imediatamente aplicada, porque, nas precisas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA, **“Milita a presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição.”**⁷

Por conseguinte, pelo menos até que sobrevenha a decisão definitiva da mencionada ADI nº 2.797-2, não há como sustentar que a regra instituída pela Lei nº 10.628/02 não deve ser imediatamente aplicada, mesmo porque assim o determina o disposto no artigo 2.º, do Código de Processo Penal. É o que

sustenta, entre outros tantos, DAMÁSIO E. DE JESUS:

“Tendo em vista o indeferimento do pedido liminar, em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela CONAMP (4), o § 1.º do art. 84, com a redação da Lei n. 10.628/02, deve ter aplicação imediata, por força do art. 2.º do CPP. Dessa forma, todas as ações penais referentes a ex-integrantes de cargos públicos com foro especial, que se refiram a atos administrativos por eles praticados no exercício do cargo, devem ser imediatamente remetidas ao tribunal competente.”⁸

É este o entendimento pacífico do Colendo Supremo Tribunal Federal, havendo de ser trazida à colação, a título meramente exemplificativo, a seguinte decisão concessiva de provimento liminar, proferida pelo culto Ministro CELSO DE MELO na Reclamação nº 2657:

“Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, com a qual se busca restaurar a autoridade de decisão plenária proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl 2.381-AgR/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO, postulando-se, em conseqüência, a invalidação de processo instaurado perante magistrado de primeira instância, alegadamente incompetente para apreciar ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada contra Prefeito Municipal, condição ostentada pelo ora reclamante. Pleiteia-se, ainda, já em sede liminar, a imediata recondução do ora reclamante ao exercício do mandato de Chefe do Poder Executivo local, propugnando-se, de outro lado, considerada a regra estabelecida pela Lei n. 10.628/2002, o reconhecimento de que assiste, ao Tribunal de Justiça, tratando-se de Prefeito Municipal, competência originária para processar e julgar a causa em questão. Passo a apreciar, preliminarmente, a admissibilidade, ou não, no caso ora em exame, da utilização do instrumento reclamatório. Como se sabe, uma das funções processuais da reclamação consiste em garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, consoante tem sido enfatizado pela jurisprudência desta Corte. Esse instrumento formal de tutela, que nasceu de uma construção pretoriana (RTJ 112/504), busca, em essência, fazer prevalecer, no plano da hierarquia judiciária, o efetivo respeito aos pronunciamentos jurisdicionais emanados desta Suprema Corte (RTJ 149/354-355, Rel. Min. CELSO DE MELLO): Reclamação e preservação da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. O eventual descumprimento, por juizes ou Tribunais, de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, especialmente quando proferidas com efeito vinculante (CF, art. 102, . 2.), ainda que em sede de medida cautelar, torna legítima a utilização do instrumento constitucional da reclamação, cuja específica função processual – além de impedir a usurpação da competência da Corte Suprema – também consiste em fazer prevalecer e em resguardar a integridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios. Precedentes. Doutrina. (RTJ 179/995-996, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) A destinação constitucional da via reclamatória, portanto – segundo acentua, em autorizado magistério, JOSE FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil, vol. IV/393, 2. ed., Forense) -, além de vincular esse meio processual a preservação da competência global do Supremo Tribunal Federal, prende-se ao objetivo específico de salvaguardar a extensão e os efeitos dos julgados desta Suprema Corte.

Esse saudoso e eminente jurista, ao justificar a necessidade da reclamação – enquanto meio processual vocacionada a imediata restauração do imperium inerente a decisão desrespeitada -, assinala, em tom de grave advertência, a própria razão de ser desse especial instrumento de defesa da autoridade decisória dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal (Manual de Direito Processual Civil, vol. 3/199-200, item n. 653, 9. ed., 1987, Saraiva): .O Supremo Tribunal, sob pena de se comprometerem as elevadas

funções que a Constituição lhe conferiu, não pode ter seus julgados desobedecidos (por meios diretos ou oblíquos), ou vulnerada sua competência. Trata-se (...) de medida de Direito Processual Constitucional, porquanto tem como causa finalis assegurar os poderes e prerrogativas que ao Supremo Tribunal foram dados pela Constituição da República. (grifei) Mostra-se irrecusável concluir, desse modo, que o descumprimento, por quaisquer juízes ou Tribunais, de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal autoriza a utilização da via reclamationária, também vocacionada, em sua específica função processual, a resguardar e a fazer prevalecer, no que concerne a Suprema Corte, a integridade, a autoridade e a eficácia subordinante dos comandos que emergem de seus atos decisórios, consoante adverte a própria jurisprudência deste Tribunal (Rcl 1.722/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). Impõe-se, no entanto, para que se legitime o acesso a via reclamationária, que se demonstre, de maneira efetiva, a ocorrência de desrespeito ao julgamento emanado do Supremo Tribunal Federal. A análise dos presentes autos parece evidenciar que teria ocorrido, na espécie ora em exame, possível situação configuradora de desrespeito a autoridade da decisão proferida por esta Suprema Corte. Com efeito, e como precedentemente salientado, a presente reclamação foi ajuizada com o objetivo de fazer preservar a autoridade da decisão que o Supremo Tribunal Federal proferiu no exame da Rcl 2.381-AgR/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO, quando esta Corte advertiu que, enquanto não sobrevier o julgamento final da ADI 2.797/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (e não se registrar a eventual declaração de inconstitucionalidade do art. 84, . 2., do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.628/2002), nenhum órgão do Poder Judiciário poderá deixar de aplicar o referido diploma legislativo, considerada a relevantíssima circunstância sempre enfatizada pela jurisprudência deste Tribunal (RTJ 66/631 RTJ 131/470-476, v.g.) e reafirmada pelo magistério da doutrina (ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil Interpretada, p. 1.338-1.339, 2. ed., 2003, Atlas; PINTO FERREIRA, Comentários a Constituição Brasileira, vol. 4/40, 1992, Saraiva; LUCIO BITTENCOURT, O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, p. 91/96, 1997, Série Arquivos do Ministério da Justiça; CASTRO NUNES, Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 589/592, Capítulo II, item n. 6, 1943, Forense; JOAO BARBALHO, Constituição Federal Brasileira, p. 225, edição fac- similar, 1992, Senado Federal, Brasília) -, de que se presumem constitucionais, ainda que juris tantum, os atos emanados do Poder Público. Isso significa, portanto, tendo-se presente o contexto ora em exame, que, tratando-se de Prefeito Municipal, compete, originariamente, ao Tribunal de Justiça, a atribuição de processar e julgar a ação civil pública por improbidade administrativa, até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheça, em caráter definitivo, a constitucionalidade, ou não, da Lei n. 10.628/2002 (ADI 2.797/DF).

Cumpra assinalar, por necessário, que, a partir do julgamento da Rcl 2.381-AgR/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO, esse entendimento tem sido observado por eminentes Juizes desta Suprema Corte (Rcl 2.509-MC/BA, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 2.623/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE Rcl 2.652-MC/MG, Rel. Min. GILMAR MENDES Rcl 2.669-MC/BA, Rel. Min. GILMAR MENDES). Cabe referir, neste ponto, por oportuno, que, em caso idêntico ao que ora é examinado, no qual também ocorrera a suspensão preventiva de Prefeito Municipal (Lei n. 8.429/92, art. 20, parágrafo único), decretada, em sede de ação civil de improbidade administrativa, por autoridade judiciária de primeira instância, o eminente Ministro CEZAR PELUSO, em recentíssima decisão, assim se pronunciou: .(...). O caso é de liminar. O acórdão impugnado hostiliza, deveras, a autoridade de decisão da Corte, que, no julgamento da Rcl n. 2.381-AgR (rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 02.04.2004), deu, contra o voto do Min. MARCO AURÉLIO, pela vigência do art. 84, parágrafo 2.º, do CPP, com a redação da Lei n. 10.628, de 2002, até que sobrevenha decisão final da ADI n. 2.797, na qual se negou pedido de liminar.

Concluiu, a respeito, o voto do Min. Relator: a ação de improbidade deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade no caso de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública. Porque a pendência doutra demanda, em juízo de primeira instância, contra deputado federal, desrespeitou tal precedente, o Min. GILMAR MENDES deferiu medida liminar, suspendendo o processo e avocando os autos (Rcl n. 2.509). E o que, mutatis mutandis, convém a hipótese. (...). (Rcl 2.645-MC/ES, Rel. Min. CEZAR PELUSO grifei)

Pessoalmente, entendo revelar-se altamente duvidosa a legitimidade jurídico-constitucional da Lei n. 10.628/2002, especialmente se for ela analisada na perspectiva das atribuições jurisdicionais deferidas, a esta Suprema Corte, pela própria Constituição, considerando-se, para esse efeito, de um lado, razões de ordem doutrinária (ALEXANDRE DE MORAES, Constituição do Brasil Interpretada, p. 2.681/2.683, item n. 17.3, 2. ed., 2003, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, Ação Popular, p. 120/130, 1994, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, O Inquérito Civil, p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, Proibição Administrativa, p. 91, 3. ed., 1998, Malheiros; WALLACE PAIVA MARTINS JUNIOR, Proibição Administrativa, p. 318/321, item n. 71, 2001, Saraiva; MARINO PAZZAGLINI FILHO, Lei de Improbidade Administrativa Comentada, p. 173/175, item n. 3.5, 2002, Atlas; JOSÉ AFONSO DA SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 558, item n. 7, 23. ed., 2004, Malheiros, v.g.), e tendo em vista, de outro, que a competência do Supremo Tribunal Federal precisamente por revestir-se de extração constitucional submete-se, por isso mesmo, a regime de direito estrito (RTJ 43/129 RTJ 44/563 – RTJ 50/72 – RTJ 53/766 – RTJ 94/471 – RTJ 121/17 – RTJ 141/344 – RTJ 171/101-102, v.g.), não podendo, desse modo, ser ampliada, nem restringida, por legislação meramente comum (ordinária ou complementar), sob pena de frontal desrespeito ao texto da Lei Fundamental da República. Impende assinalar que a discussão em torno da validade constitucional, ou não, da Lei n. 10.628/2002 – consideradas as premissas em que esse debate se trava, versando a possibilidade, ou não, de a lei ordinária ampliar a competência do Supremo Tribunal Federal (e de outras Cortes judiciais cujas atribuições também se achem unicamente definidas em sede constitucional) – confere impressionante atualidade ao precedente histórico que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América firmou no caso *Marbury v. Madison*, em 1803, quando aquela Alta Corte enfaticamente assinalou que o delineamento constitucional de suas atribuições originárias foi concebido pelos *Founding Fathers* com o claro propósito de inibir a atuação do Congresso dos Estados Unidos da América, impedindo-o de proceder, em sede de legislação meramente ordinária, a indevidas ampliações da competência daquele Tribunal, fazendo, do rígido círculo traçado pelo Artigo III da Constituição americana, um instrumento de proteção do órgão de cúpula do Poder Judiciário, em face do Poder Legislativo daquela República. Vale mencionar, neste ponto, a observação feita por BERNARD SCHWARTZ (*A Commentary on the Constitution of the United States, Part I*, p. 367, n. 143, 2. ed., 1963, The Macmillan Company, New York), a propósito do alto significado político-jurídico de que se revestiu a decisão proferida em *Marbury v. Madison*: Even more important, as a consequence of the original jurisdiction of the highest Court being derived from the basic document itself, is the placing of such jurisdiction beyond Congressional control. This has been settled ever since *Marbury v. Madison*. The statute held unconstitutional there was one which was construed as vesting the Supreme Court with the original jurisdiction to issue writs of mandamus. Chief Justice Marshall rejected the contention that, since the organic clause assigning original jurisdiction to the high bench contained no express negative or restrictive words, the power remained in the legislature to assign original jurisdiction in that Court in cases other than those specified. On the contrary, said Marshall, a negative or exclusive sense must be given to the cases of original jurisdiction spelled out in Article III. The statute at issue in *Marbury v.*

Madison, was ruled invalid because it sought to give the Supreme Court original jurisdiction in a case not specified by Article III. Under *Marbury v. Madison*, then, the Congress may not enlarge the original jurisdiction of the high bench. But the reasoning of that great case applies with equal force to legislative attempts to restrict the Supreme Courts original jurisdiction. The constitutional definition

of such jurisdiction deprives Congress of any power to define it. The legislative department may neither extend nor limit the terms of the organic grant. (grifei) E importante lembrar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 17 de agosto de 1895 (Acórdão n. 5, Rel. Min. JOSE HYGINO), já advertia, no final do século 19, não ser lícito ao Congresso Nacional, mediante atividade legislativa comum, ampliar, suprimir ou reduzir a esfera de competência da Corte Suprema, pelo fato de tal complexo de atribuições jurisdicionais derivar, de modo imediato, do próprio texto constitucional, proclamando, então, naquele julgamento, a impossibilidade de tais modificações por via meramente legislativa, por não poder qualquer lei ordinária aumentar nem diminuir as atribuições do Tribunal (Jurisprudência/STF, p. 100/101, item n. 89, 1897, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional grifei).

Não obstante a minha pessoal convicção em torno da questionável constitucionalidade da Lei n. 10.628/2002, não posso deixar de considerar e de respeitar, em atenção ao princípio da colegialidade, notadamente a partir do julgamento plenário da Rcl 2.381-AgR/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO, a orientação jurisprudencial que esta Corte Suprema firmou no tema ora em análise, como o evidenciam as decisões anteriormente mencionadas. Sendo assim, em respeito ao postulado da colegialidade e tendo em consideração os julgamentos mencionados, defiro o pedido de medida liminar, nos exatos termos em que deduzido pela parte reclamante (item n. V, fls. 08), sustentando, em consequência, até final julgamento da presente reclamação, a eficácia das decisões ora questionadas, assegurando, ainda, a Edeval Soares Nogueira, o imediato retorno ao exercício do mandato de Prefeito Municipal de Abatia/PR. Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia desta decisão aos eminentes Magistrados referidos no item n. 2 deste ato decisório, bem assim ao Senhor Presidente da Câmara Municipal de Abatia/PR. 2. Requisite-se informações ao MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Ribeirão do Pinhal/PR (Processo n. 069/2004 Ação Civil Publica fls. 83/96), bem assim ao eminente Desembargador Antonio Lopes de Noronha, Relator do Agravo de Instrumento n. 156.427-2, ora em tramitação perante o E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (fls. 161/166). Publique-se. Brasília, 21 de junho de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator.”

Nessa medida, tendo em conta que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo julgamento do Conflito de Competência nº **32.861/SP**, fixou a competência da Justiça Federal para o conhecimento e julgamento dos eventuais processos por pretensos crimes que vêm sendo atribuídos ao ora reclamante, os quais teriam sido praticados no exercício do cargo de Prefeito Municipal de São Paulo e em razão da função pública, por força do que dispõe o parágrafo 1.º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, deve ele ser julgado por este E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e não pelo r. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal da Seção Judiciária de São Paulo.

Dessarte, pelos argumentos acima expendidos, ao menos enquanto não for definitivamente julgada a ADI nº 2797-DF e suspensa pelo Senado a execução da Lei nº 10.628/00, pleiteiam os impetrantes a concessão de ordem de habeas corpus para que sejam declarados nulos todos os atos praticados pela d.

Autoridade Coatora, especialmente a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente, com a correspondente concessão de alvará de soltura em seu favor, e bem assim para determinar que sejam remetidos para este E. Tribunal os autos da ação penal nº **2002.61.81.006073-3** a fim de que sejam regularmente distribuídos a um dos ilustres membros do Colendo Órgão Especial, competente para processar e julgar o paciente, nos termos do Regimento Interno desta Corte.

III – A injurídica decisão que decretou a prisão preventiva do paciente

O paciente teve a sua prisão preventiva decretada pela mesma decisão (cf. doc. nº 1) que recebeu a denúncia. No que se refere à privação da liberdade, ela está vazada nos seguintes termos:

“V – Acolho a manifestação formulada pelo Ministério Público Federal acerca da prisão preventiva de PAULO SALIM MALUF e FLÁVIO MALUF.

Com efeito, forçoso reconhecer-se a presença dos requisitos autorizadores da custódia cautelar desses acusados.

Há nos autos prova da existência do crime e indícios de autoria, indicando a movimentação internacional de montante expressivo de dinheiro, através de diversos países e instituições financeiras, de acordo com o que, pelo menos até o momento, revelam os documentos acostados aos autos.

Verifica-se, também, que nos diálogos gravados no monitoramento autorizado por este Juízo houve, inegavelmente, uma série de manobras por parte de Paulo Salim Maluf e Flávio Maluf para interferir na colheita, produção e resultado da prova que buscava-se produzir no inquérito policial. Essa interferência está sobejamente demonstrada, revelando, de forma inequívoca, que ambos, se em liberdade, comprometerão a instrução processual podendo, concretamente, tumultuá-la a ponto de torná-la completamente inviável e inútil.

Anoto que a prisão cautelar em situações como a dos autos encontra total amparo na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, conforme se verifica das ementas dos v. acórdãos abaixo colacionados:

(...)

Assim, quer pela absoluta necessidade de preservar-se a higidez da instrução criminal, quer pela magnitude da lesão causada, nos exatos termos do artigo 30 da Lei nº 7.492/86, reputo indispensável o decreto de prisão preventiva de PAULO SALIM MALUF e FLÁVIO MALUF, com fundamento no art. 312 do Código de Processo Penal. Expeçam-se mandados de prisão.”

Pois bem. Embora a d. Autoridade Coatora haja afirmado que estão presentes os requisitos para a decretação da custódia cautelar, na realidade Sua Excelência não apontou quais são eles, limitando-se a repetir, com uma exceção, as palavras da lei, o que não é o bastante para uma medida tão grave. E a propósito, veja-se a advertência de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Cabe ao juiz, em cada caso concreto, analisar os autos e perquirir se existem provas atinentes a qualquer uma daquelas circunstâncias. De nada vale o seu convencimento pessoal. De nada vale a mera presunção. Se a Constituição proclama a ‘presunção de inocência do réu ainda não definitivamente condenado’, como pode o Juiz presumir que ele vai fugir, que vai prejudicar a instrução, que vai cometer novas infrações? Como pode o Juiz estabelecer presunção contrária ao réu

se a Lei Maior proclama-lhe a presunção de inocência? Dizer o Juiz ‘decreto a prisão por conveniência da instrução’, ou ‘para assegurar a aplicação da lei’, ou ‘para garantia da ordem pública’, diz magnificamente Tornaghi, é a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão (Manual de processo penal, (prisão e liberdade), Freitas Bastos, 1963, v. 2, p. 619).”⁹

Ora, para a decretação da prisão sem culpa formada, a lei exige (art. 312, do Código de Processo Penal) que estejam presentes dois pressupostos, que são a prova da existência do crime e indícios, no plural, suficientes da autoria. Quanto a estes, ensina Borges da Rosa, citado por Tourinho Filho, “*devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja a certeza disto. No entanto, eles devem ser suficientes para tranqüilizar a consciência do Juiz.*”¹⁰ E além desses pressupostos, também devem estar presentes pelo menos uma das circunstâncias seguintes: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, garantia da ordem econômica ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Pois bem. Não há nos autos, pelo menos até o presente momento, prova segura da materialidade de nenhum dos delitos imputados ao paciente.

De fato. Quanto ao crime de evasão de divisas, o que existe, na realidade, são cópias não autenticadas de extratos bancários de uma conta-corrente chamada “Chanani”, que foi aberta e operada no Banco Safra de Nova Iorque pelo co-réu Vivaldo, mais conhecido pelo apelido de Birigüi, e portanto trata-se de conta dele, Birigüi, e tais cópias não foram oficialmente remetidas para o Juízo.

Além disso, as tais perícias que por diversas vezes são citadas na denúncia não atendem aos requisitos dos artigos 158 e seguintes do Código de Processo Penal, eis que não passam de meros pareceres técnicos feitos a pedido da parte acusadora. Aliás, é estranhíssimo que o Delegado de Polícia Federal que presidiu o inquérito e o Dr. Procurador da República, ao invés de requisitarem os serviços oficiais do Instituto Nacional de Criminalística, tenham se prestado a figurar como meros consulentes de uma parecerista do Ministério Público do Estado de São Paulo, sem poderes para elaborar exames de corpo de delito.

Portanto, é forçoso reconhecer que não há prova segura da materialidade do crime de evasão de divisas.

No que respeita ao crime de lavagem de dinheiro, é suficiente anotar que os tais depósitos da conta “Chanani” apontados na denúncia, no quadro de fls. 10/11, vão até o mês de janeiro de 1998, e a Lei nº 9.613, foi promulgada em 3 de março de 1998. Será que alguma pessoa séria tenha a coragem de sustentar que não mais vige em nosso ordenamento jurídico o princípio da reserva legal?

No que concerne ao crime de quadrilha ou bando, tem-se uma verdadeira excrescência, pois a denúncia criou uma nova figura pretensamente típica, que é a “quadrilha de dois”, que é diversa daquela prevista no art. 288, do Código Penal, porquanto os demais co-réus foram denunciados apenas pela participação em co-autoria, segundo as regras do artigo 29.

E por fim, quanto ao crime de corrupção passiva, que o Dr. Procurador prefere chamar de “corrupção

pública”, impõe-se observar que a denúncia não aponta e nem descreve qual foi o ato de ofício que teria sido praticado pelo paciente, para que viesse auferir as decantadas vantagens ilícitas. Ora, ele é parte integrante do tipo penal, na medida em que “*Constitui corrupção passiva, essencialmente, um tráfico de autoridade, no qual o funcionário vende ou procura vender um ato de ofício.*”¹¹, e a propósito, merece ser transcrito o ensinamento preciso de Magalhães Noronha:

“Deve o ato ser da competência do funcionário, pois a contraprestação ao pagamento é veiculada pela função e, pois, o ato deve caber no âmbito desta. É ponto em que os autores estão de inteiro acordo. ‘O ato, por isso deve pertencer à competência do ofício e àquela funcional genérica ou específica do funcionário público ou do empregado encarregado do serviço público’ (Riccio). ‘Quid se a vantagem é relativa a um ato não atinente ao ofício? Em tal hipótese, não ocorre o delito, por isso que a vantagem deve ser referente, de inteira correlação ao ato de ofício. Se o funcionário público executa outros atos, não inerentes ao próprio ofício, mesmo quando a sua qualidade facilite tal cumprimento ou execução, falha definitivamente um dos extremos legais constitutivos do crime de corrupção passiva’ (V. César da Silveira). ‘O ato ou obstrução a que a corrupção se refere, deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração’ (Hungria).”¹²

Assim, se falta um elemento do tipo do crime de corrupção passiva, não se pode cogitar de sua configuração, e não há como sustentar a existência da prova da materialidade delitiva.

Dessarte, definitivamente, no caso em apreço não está presente o pressuposto da prova da materialidade dos crimes que foram imputados ao paciente, pois quanto aos de corrupção passiva e de quadrilha, há ausência de elemento essencial do tipo; quanto ao de lavagem de dinheiro, este nunca pode ter ocorrido por força do princípio da reserva legal; e quanto ao crime de evasão de divisas, por se tratar de crime que deixa vestígio, inexistente o exame de corpo de delito, realizado de conformidade com as regras traçadas pelo Código de Processo Penal.

Mas não só. Impõe-se anotar, também, que a própria MMA. Juíza, aqui apontada como Autoridade Coatora, já admitiu que, exceto em relação ao crime de lavagem de dinheiro, cuja conduta era atípica no período apontado na denúncia, todos os demais delitos já foram alcançados pela prescrição da pretensão punitiva, como também já havia reconhecido o Dr. Procurador:

“Ressalto, por pertinência, que com relação a PAULO SALIM MALUF, a aplicação do disposto no art. 115 do CP aos fatos tipificados no art. 22 parágrafo único da Lei n.º 7492/86, art. 288 e 317 do CP, não impede o recebimento da denúncia a teor do que dispõe o art. 2º, § 1º da Lei n.º 9613/98.” (doc. n.º 1, fl. 1.267 dos autos)

“Com relação a este denunciado, fica o registro de que eventual benefício previsto no art. 115 do CP, verdadeiro prêmio ao criminoso mais velho conferido pelo sistema penal brasileiro, não interfere no reconhecimento do crime de lavagem de dinheiro, consoante regra prevista no art. 2º, § 1º, da Lei 9.613/98” (doc. n.º 2, fl. 19 dos autos)

Por conseguinte, se ausente o pressuposto da prova da materialidade dos delitos, a prisão preventiva decretada configura evidente constrangimento ilegal, que deverá ser imediatamente afastado pela via do habeas corpus. Mas ainda assim, propõem-se os impetrantes a demonstrar que também não estão presentes nenhuma das duas circunstâncias que autorizam a prisão cautelar, que foram apontadas pela d. Autoridade Coatora.

De fato. Diz a decisão *“que nos diálogos gravados no monitoramento telefônico autorizado por este Juízo houve, inegavelmente, uma série de manobras por parte de Paulo Salim Maluf e Flávio Maluf para interferir na colheita, produção e resultado da prova que buscava se produzir no inquérito policial. Essa interferência está sobejamente demonstrada, revelando, de forma inequívoca, que ambos, se em liberdade, comprometerão a instrução processual podendo, concretamente, tumultuá-la a ponto de torná-la inviável e inútil”*

Tal afirmativa tem a ver com os contatos que teriam sido mantidos pelo filho do paciente com a pessoa do denunciado VIVALDO ALVES, conhecido doleiro que operava no Shopping Iguatemi, que o Dr. Procurador carinhosamente chama de “operador de bolsa”.

Ora, em primeiro lugar, há que se ter presente que, embora ele realmente não tenha sido indiciado na fase inquisitorial, não é **testemunha**, mas **réu**, e o seu comportamento constitui o conhecido chamamento de co-réu, que não tem aptidão para estribar a formação da convicção para uma sentença condenatória, como já advertia o grande Mittermayer:

“O depoimento do cúmplice apresenta também graves dificuldades. Têm-se visto criminosos que, desesperados por conhecerem que não podem escapar à pena, se esforçam em arrastar outros cidadãos para o abismo em que caem; outros denunciam cúmplices, alias inocentes, só para afastar a suspeita dos que realmente tomaram parte no delito, ou para tornar o processo mais complicado ou mais difícil, ou porque esperam obter tratamento menos rigoroso, comprometendo pessoas colocadas em altas posições.”¹³

Mas não só. Não se pode deixar de anotar um aspecto que o Dr. Procurador faz questão de esconder. Foi o doleiro Vivaldo quem procurou o denunciado Flávio, pois este não sabia e nem tinha condições de saber que ele estava sendo procurado pelo Delegado Federal que presidiu o inquérito.

E foi procurar Flávio Maluf para quê? Para dizer que iria incriminá-lo? É óbvio que não, mesmo porque, depois que se tornou o mais novo astro da TV Globo, declarou que desde o princípio já havia tomado a decisão de delatar.

Portanto, é evidente que o doleiro Birigui procurou Flávio, não porque já se havia tornado uma “Madalena arrependida”, mas porque pretendia obter vantagem ilícita com a ameaça da delação, tanto que “entregou” apenas alguns nomes e escondeu muitos outros, de pessoas físicas e jurídicas. E a propósito, vale a pena registrar que os já mencionados pareceres técnicos do Ministério Público paulista, sobre o suposto esquema de devolução de cheques da Construtora Mendes Júnior, em que parte do produto teria sido remetido para o exterior pelo mesmo doleiro Birigüi, em mais de uma passagem fazem referência a algumas delas, das quais vale a pena um exemplo que é verdadeiramente significativo:

“É necessário destacar que também foram identificados cheques com valores significativos, recebidos por algumas das subempreiteiras investigadas, emitidos por terceiros (e não pela Mendes Júnior ou pela OAS). Por exemplo, emitidos pela Construtora Andrade Gutierrez S.A., pela TV Globo Ltda., pela CBPO Engenharia Ltda. e pelo Consócio CBPO EMSA (lembrando que a CBPO foi contratada para a construção do Túnel Ayrton Senna).” (fls. 616/617)

E não só. Ainda que os fatos tivessem se passado conforme pretendeu o Ministério Público Federal, o certo é que a conduta do paciente nunca passou da mera intenção, que sequer atingiu o estágio de ato preparatório, sem qualquer relevância no mundo jurídico, tanto que não foi denunciado por eles.

E é preciso repisar: réu não é testemunha e a delação, por si só, não tem força de prova para uma sentença condenatória. E se o réu goza da garantia de calar e tem até mesmo o direito de mentir, nada impede que co-réus combinem entre si a linha de defesa. Aliás, se assim não fosse, pai e filho, marido e mulher, a partir do momento que se tornassem suspeitos da prática de um crime, estariam impedidos de comunicarem-se entre si.

Por via de conseqüência, também não se sustenta o requisito da conveniência da instrução criminal que foi adotado pela d. Autoridade Coatora para fundamentar o decreto de prisão preventiva do paciente.

E melhor sorte não tem o argumento fundado no artigo 30, da Lei nº 7.492/86, acerca da magnitude da suposta lesão ao Sistema Financeiro Nacional.

Acerca dessa questão, deve ser trazido à colação o ensinamento do Ministro MARCO AURÉLIO, em decisão que se ajusta ao caso concreto como uma luva, mesmo porque ele também tece judicioso comentário sobre a repercussão provocada pelo noticiário da imprensa:

“Ninguém desconhece a necessidade de adoção de rigor no campo da definição de responsabilidade, mormente quando em jogo interesses públicos da maior envergadura. No levantamento de dados, no acompanhamento dos fatos, no esclarecimento da população, importante é o papel exercido pela imprensa. Todavia, há de se fazer presente advertência de Joaquim Falcão, veiculada sob o título A imprensa e a justiça, no Jornal O Globo, de 06.06.1993: ‘Ser o que não se é, é errado. Imprensa não é justiça. Esta relação é um remendo. Um desvio institucional. Jornal não é fórum. Repórter não é juiz. Nem editor é desembargador. E quando, por acaso, acreditam ser, transformam a dignidade da informação na arrogância da autoridade que não têm. Não raramente, hoje, alguns jornais, ao divulgarem a denúncia alheia, acusam sem apurar. Processam sem ouvir. Colocam o réu, sem defesa, na prisão da opinião pública. Enfim, condenam sem julgar’. Exige-se do Judiciário a equidistância, a

atuação desapaixonada, buscando, assim, o restabelecimento da paz jurídica momentaneamente abalada. O instituto da prisão preventiva coloca-se no campo da absoluta excepcionalidade. O certo, o constitucional é aguardar-se a formação da culpa após haver o acusado exercido, em toda a plenitude, o direito de defesa. Pedagógica é a Carta da República ao revelar algo que decorre, até mesmo, do princípio da razoabilidade, da presunção do que normalmente se verifica, da impossibilidade de inverter-se a ordem natural das coisas, assentando-se conclusão somente passível de ser alcançada ao término da instrução penal, após desincumbir-se o Ministério Público do ônus processual de comprovar, de maneira robusta, a culpa do acusado. Impossível é esquecer que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória’ (inc. LXVII do art. 5º da CF). É essa a óptica que deve estar presente toda vez que enfrentado requerimento do Ministério Público visando a prender-se este ou aquele acusado. Há de ser examinado, em si, o ato no sentido da manutenção da custódia do paciente, ou seja, a decisão mediante a qual o Juízo da 6ª Vara Federal manteve a preventiva quanto ao paciente, afastando-a no tocante ao co-réu (...). A prova material da existência dos crimes descritos na denúncia e indícios suficientes de autoria não são capazes, por si só, de levarem à extravagante prisão preventiva, sob pena de ter-se, a realidade, autêntica execução de pena ainda não imposta. O art. 312 do CPP exige mais, e o faz remetendo sempre à consideração das circunstâncias do caso concreto, sem que se possa partir para a elaboração de peça judicial que sirva a todo e qualquer processo. O fundamento da magnitude da lesão está umbilicalmente ligado a algo que diz respeito à decisão final da ação penal, ou seja, à imposição da pena. Discrepa da natureza da custódia, no que há de mostrar-se simplesmente preventiva, e não reparatória. A norma do art. 30 da Lei 7.492/86 não resiste ao mais flexível exame sob o ângulo jurídico, à luz do sistema pátrio de persecução penal. Conduz a verdadeiro paradoxo, como retratado na inicial. Em se tratando de mercado financeiro, de mercado de capitais, os valores envolvidos são de ordem inigualável, e aí, em qualquer ação, ter-se-ia a magnitude da lesão causada, também submetida à respectiva demonstração. Veja-se que conduz a aplicação do referido art. 30. No caso dos autos, com tintas fortes, menciona-se quantia que ultrapassa um bilhão de reais. Pois bem, a denúncia fez-se voltada não apenas contra o ora paciente, mas, também, à responsabilidade, pelo crime que se diz perpetrado, de outros acusados, a saber: (...), apontando-se a infração aos arts. 4º, 10 e 23, c/c o art. 25 da Lei 7.492/86, e arts. 312, 313, 333 e 299 do CP. Ora, a teor do art. 30 em comento, todos deveriam estar sob custódia do Estado, e aí, após o desfecho final das ações penais intentadas, caminhar-se-ia ou para a detração, se impostas condenações, ou para a responsabilidade civil do próprio Estado, ante a previsão do inc. LXXV do art. 5º da CF/88 – ‘o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença’. O primeiro, o erro judiciário, estaria, justamente, na aplicação de um dispositivo legal que exsurge conflitante com o sistema consagrado pela Lei Maior. A esta altura, tem-se uma certa tranqüilidade, vez que a preventiva, com base em tal preceito legal, apenas foi decretada contra dois acusados, sendo que um deles já logrou a liberdade. Assim, neste exame superficial – e mais não seria necessário -, afasto o fundamento contido na decisão, concernente à automática prisão do paciente em virtude da magnitude da lesão, até aqui não tornada extremo de dúvidas” (STF – HC – Liminar – Rel. Marco Aurélio – j. 14.06.2000 – Revista Síntese 3/141).¹⁴ (grifos dos impetrantes)

E ainda a propósito do disposto no artigo 30, da Lei 7.492/86, há de ser trazida a insuspeita lição do

saudoso Professor MANOEL PEDRO PIMENTEL, que sem favor algum foi um dos maiores penalistas do Brasil:

“A verdade é que este artigo também não deveria existir. É inteiramente desnecessário, para os fins colimados. Ressalvando que o dispositivo se aplica sem prejuízo do disposto no art. 312 do CPP (e seria despicienda a menção ao decreto-lei que o editou, uma vez que ao tempo da promulgação da lei em estudo o único Código de Processo Penal em vigor era aquele), o legislador não trouxe, além do que já estava estatuído, nenhuma novidade.

Dizendo que a prisão preventiva poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada, mas sem prejuízo do disposto no art. 312 da lei adjetiva penal, a norma apenas apontou um motivo que já encontra implícito na expressão ‘garantia de ordem pública’, inserida no art. 312 da lei penal formal. A relevância do motivo para a decretação da prisão preventiva – ao examinar o requisito da garantia da ordem pública – certamente deve ser ponderada pelo juiz.

Mas, de qualquer forma, há necessidade de estar provada a existência do crime e de estarem presentes indícios suficientes da autoria, pois sem isto haveria violação do disposto no art. 312 do CPP. Então, para que salientar, em artigo autônomo da lei especial, a autorização para a decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada?

Por outro lado, como se há de aferir esse elemento normativo — magnitude da lesão causada — se não for através do critério subjetivo, que pode variar amplamente, já que a lei não define quantitativa ou qualitativamente tal magnitude?

Estamos convencidos de que a razão de ser dessa especiosa disposição legal vinha exposta, explicitamente, na primeira redação do Projeto oriundo da Câmara dos Deputados, quando dispunha: ‘... quando, em razão da magnitude da lesão causada pelo fato ou do clamor público por ele provocado, esteja configurada situação em que a liberdade do mesmo comprometa a segurança ou a credibilidade do sistema financeiro nacional’ (o grifo é nosso).

Ora, aí está, justamente, o motivo de ordem pública que, nos termos do art. 312 da lei adjetiva penal, encontra-se previsto genericamente, dispensando específica e taxativa previsão na lei especial. Sabemos que a casuística observada pelo Banco Central incluiu situação que fazia crer tornar-se necessária a decretação da prisão preventiva de autor de infrações penais, solicitada, aliás, em caso concreto, pelo procurador oficiante, e negada pelo juiz, por falta de amparo legal.

Acontece, porém, que em tal caso, a falta de amparo legal não se deveu à magnitude da lesão causada, mas à ausência de outros requisitos enumerados no art. 312 do CPP, desaconselhando, na hipótese, a custódia provisória. Ora, se mantida a exigência de observar-se o disposto nesse artigo da lei processual penal, inexistente razão para inserir-se o disposto neste art. 30 que, repetimos, é inteiramente despiciendo.

Quando houver necessidade de decretação da prisão preventiva, devidamente justificada nos termos do art. 312 do CPP, o juiz certamente a decretará, não como forma antecipada de punir, mas ‘como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal’, respeitados os parâmetros legais adequados ao Direito repressivo dos povos democráticos”¹⁵

Assim, caem por terra as circunstâncias autorizadoras da prisão cautelar invocadas na decisão proferida pela d. Autoridade Coatora, e mesmo que assim não fosse, elas não bastam porque, como se viu acima, está ausente o pressuposto da prova da materialidade delitiva.

E mais: resta, ainda, a exposição do entendimento amplamente majoritário do nosso direito pretoriano, conforme se vê dos julgados a seguir transcritos:

“Recurso ordinário de habeas corpus (ou habeas corpus originário que o substitua): liberdade de fundamentação. – ‘Não se impondo o requisito do prequestionamento – peculiar aos recursos extraordinário e especial – ao recurso de denegação de habeas corpus – que é o ordinário (CF, arts. 102, II, a, e 105, II, a) – nem, a fortiori, à impetração originária que o substitua, uma vez mantida a identidade do pedido, é ilícito ao recorrente ou impetrante aditar novos argumentos à fundamentação originária. Prisão preventiva: fundamentação inadequada. Não constituem fundamentos idôneos, por si sós, à prisão preventiva: a) o chamado clamor popular provocado pelo fato atribuído ao réu, mormente quando confundido, o que é freqüente, com a sua repercussão nos veículos de comunicação de massa; b) a consideração de que, interrogado, o acusado não haja demonstrado ‘interesse em colaborar com a Justiça’; ao indiciado não cabe o ônus de cooperar de qualquer modo com a apuração dos fatos que o possam incriminar – que é todo dos organismos estatais da repressão penal; c) a afirmação de ser o acusado capaz de interferir nas provas e influir em testemunhas, quando despida de qualquer base empírica; d) o subtrair-se o acusado, escondendo-se, ao cumprimento de decreto anterior de prisão processual” (STF – 1ª T. – HC 79.781 – Rel. Sepúlveda Pertence – j. 18.04.2000 – DJU 09.06.2000).

“A privação cautelar da liberdade individual – por revestir-se de caráter excepcional – somente deve ser aplicada em situação de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face do sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Precedentes. A prisão preventiva não pode – e não deve – ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia” (STF – 1ª T. – HC 74.666 – Rel. Celso de Mello – j. 26.11.1996 – DJU 11.10.2002, p. 34)¹⁷

“Habeas Corpus. Prisão preventiva. Art. 312 do CPP. Ausência dos requisitos. Concessão da ordem. – ‘A segregação cautelar, por seu caráter excepcional, só é admitida nas hipóteses preestabelecidas no art. 312 do CPP, ou seja, naqueles casos em que o status libertatis do agente representa ameaça à ordem pública, econômica, à conveniência da instrução criminal e efetiva aplicação da lei penal, o que não se demonstra no presente feito. A prisão provisória não pode ser usada como meio de antecipar a

pretensão punitiva do Estado, pois, caso fosse possível assim entender, haveria evidente afronta ao princípio constitucional da presunção da inocência (art. 5º, LVII, da CF/88).” (TRF4ª R. – 8ª T. – HC 2002.04.01.029479-7 – Rel. Élcio Pinheiro de Castro – j. 12.08.2002 – JSTJ e TRF-LEX 159/571)

“Prisão preventiva: garantia da ordem pública não se confunde com satisfação de clamor público. – ‘A opinião pública viu o paciente ser afastado do cargo de prefeito de uma das maiores cidades do Estado e ter decretada a indisponibilidade de seus bens. A suspeita fundada de improbidade – e por ora não se tem mais do que suspeita – acarretou aquelas graves conseqüências, a que se seguiu denúncia pelos delitos de peculato-desvio, falso documental e quadrilha. Tão enérgicas e prontas providências – raras entre nós – não deixam dúvida a ninguém com o mínimo de serenidade de que a Justiça está cumprindo sua missão e, se provados os crimes em processo regular, o improbus administrator não escapará à punição legal. Desnecessária, assim, a prisão preventiva, que não pode ser usada como antecipação da pena, finalidade que alguns lhe emprestam, mas não se compatibilizam com a presunção de inocência. Uma coisa é preservar a credibilidade da Justiça, em hipóteses de extrema gravidade, e outra é satisfazer o desejo de vingança social, a que não pode aderir o Poder Judiciário. De lembrar, com Moreno Catena, que a ‘via legítima para acalmar o alarma social não pode ser a prisão provisória, encarcerando sem mais o maior número possível daqueles que prima facie apareçam como autores de atos delituosos, senão uma decisão rápida de mérito, condenando ou absolvendo, porque só a sentença prolatada num processo penal determina a culpabilidade e a pena do acusado’ (apud Roberto Delmanto Júnior. As modalidades da prisão preventiva e seu prazo de duração. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 157)” (TJSP – 5ª C. – HC 341.499-3/0 – Declaração de voto vencedor: Dante Busana – j. 04.05.2000 – Bol. IBCCRIM 118/643).¹⁹

“Prisão preventiva – Fundamentação – As decisões do poder judiciário devem ser fundamentadas (CF, art. 93, IX). ‘Fundamentar significa indicar o fato (suposto fático); daí decorre a norma jurídica (dispensável a indicação formal). No caso de prisão preventiva, individualização da conduta que evidencie a necessidade de prisão cautelar. Especificamente, ofensa à ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (STJ – RHC 3169-5 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro – DJU 15.05.95, p. 13.446). (destaques nossos)

“Habeas corpus – Concussão – Réus primários, com bons antecedentes, profissões definidas e residência fixas – Prisão preventiva, onde o único motivo materialmente justificado repousava na ‘conveniência da instrução criminal’ (CPP, art. 312) – Instrução terminada – Impossibilidade de manutenção da prisão cautelar, uma vez que os dois outros motivos (‘ordem pública’ e ‘aplicação da lei’) só foram invocados in abstracto. ‘A Constituição Federal exige motivação por parte do juiz para que o cidadão fique preso antes do trânsito em julgado de sua condenação. Não basta, assim, invocarem-se formalmente, no decreto prisional, dispositivos ensejadores da prisão cautelar (CPP, art. 312). Ao juiz cabe sempre demonstrar in concreto porque o indiciado ou acusado ou mesmo condenado necessita ficar confinado antes da hora. Recurso ordinário conhecido e provido” (STJ – RHC – Rel. Adhemar Maciel – RSTJ 73/105). (grifos nossos).

“Processual penal – recurso em habeas corpus – Prisão preventiva – Ausência de fundamentação. ‘Decreto prisão preventiva que não indica as razões pelas quais se faz necessária a medida, torna ilegal e enseja a concessão do habeas corpus, sem prejuízo da correspondente ação penal. Recurso provido’.”

(STJ – RHC 3258-8 – Rel. Anselmo Santiago). (grifos nossos).

“Sendo atualmente a prisão provisória gravíssima restrição do sagrado e constitucional direito de liberdade, é uma medida de caráter excepcional e que não mais existe como de aplicação obrigatória no Direito Penal pátrio, razão pela qual, para a sua decretação, é imprescindível que fique demonstrado de modo claro e absoluto a necessidade do confinamento do agente acusado ou mesmo condenado pela prática do crime, isto é, que estejam objetivamente presentes os requisitos do fumus boni juris e do periculum in mora, sob pena de se transformar em abuso de direito individual e constitucional da liberdade de ir, e vir e ficar” (STJ – HC – rel. Fláquer Scartezini – RT 728/499). (os destaques são nossos).

“Prisão preventiva – Decretação em face da gravidade do crime cuja prática é imputada ao acusado – Extorsão mediante seqüestro agravado pela morte de menor – Decisão não fundamentada e proferida muitos anos após a consumação do delito – Réu primário, chefe de família, com profissão e domicílio certos, além de apresentar bons antecedentes – Constrangimento ilegal configurado – Recurso de habeas corpus provido – Declaração de votos – Inteligência dos art. 312 e 315 do CPP. ‘O subjetivismo do julgador não constitui fundamentação suficiente para tirar-se a liberdade de acusado primário e de bons antecedentes antes da decisão final e definitiva da ação penal que lhe foi intentada. A prisão provisória situa-se como medida excepcional. Na sistemática do atual Direito Positivo brasileiro já não existe a custódia obrigatória ou compulsiva (art. 312 do CPP). Cabe ao juiz indicar, de modo claro, fatos concretos que demonstrem a imperiosidade da custódia preventiva, a fim de garantir a ordem pública, assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Na espécie, não obstante a gravidade do crime de que trata a denúncia, não se acha suficientemente justificada a prisão provisória do recorrente. Provimento do recurso para anular o decreto de custódia preventiva em relação ao paciente, por ausência de fundamentação adequada” (STF – RHC 60.608-3 Rel. Djaci Falcão – DJU 29.06.84 – RT 589/411). (grifamos).

Por conseguinte, é completamente descabida a prisão preventiva do paciente, uma vez que a decisão da d. Autoridade Coatora é carente da necessária fundamentação jurídica, sem observância das regras rígidas autorizadas da adoção da medida extrema. E mais grave do que isso, a mencionada decisão foi proferida por Autoridade Judiciária incompetente, como acima se apontou, e discrepa da orientação amplamente majoritária da jurisprudência.

IV – O pedido de fundo

O presente writ tem como objeto a cassação da decisão proferida pela d. Autoridade Coatora que recebeu a denúncia e decretou a prisão preventiva do paciente.

Sustentam os impetrantes que o r. Juízo da r. 2ª Vara Criminal Federal é incompetente por força do disposto no parágrafo 1º, do artigo 84, do Código de Processo Penal, pois, até que sobrevenha a decisão definitiva da mencionada ADI nº 2.797-2, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, não há como sustentar que a regra instituída pela Lei nº 10.628/02 não deve ser imediatamente aplicada, mesmo porque assim o determina o disposto no artigo 2º, do Código de Processo Penal.

Além disso, os impetrantes argumentam que a decisão, na parte que decretou a prisão preventiva do

paciente é destituída da necessária fundamentação jurídica, uma vez que não está presente um dos pressupostos da medida extrema, bem como os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Posto isso, aguardam os impetrantes que, após o deferimento do provimento provisório que será adiante deduzido, seja determinado o regular processamento desta ação de habeas corpus, com a requisição das informações a serem prestadas pela MM^a Juíza da 2^a Vara Federal Criminal, a posterior remessa dos autos à d. Procuradoria Regional da República para o necessário parecer e, a final, que seja concedida a ordem pleiteada, com a conseqüente expedição de alvará de soltura em favor do Dr. **PAULO SALIM MALUF**, que se encontra preso nas dependências da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo, tendo se apresentado antes mesmo do mandado de prisão chegar às mãos das autoridades policiais, como fartamente mostrado pelo noticiário da imprensa.

V – O pedido de provimento cautelar

Acima foi demonstrado que, decididamente, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente não apresenta a fundamentação jurídica necessária, na esteira do que recomenda a doutrina e o nosso direito pretoriano, e constitui exemplo claríssimo daquilo que o grande processualista Hélio Tornaghi chama de **“a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão”**.

Além disso, salta aos olhos que o r. Juízo da 2^a Vara Federal Criminal é incompetente porque está em plena vigência o parágrafo 1^o, do artigo 84, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n^o 10.628/02, e isso implica em violação ao princípio do juiz natural, assegurado pela regra do inciso LIII, do artigo 5^o da Constituição, o que acarreta a nulidade do processo, segundo a previsão do inciso I, do artigo 564, do Código de Processo Penal.

Assim, o quadro que se tem, concretamente, é o da carência de fundamentação jurídica da decisão que decretou a prisão cautelar, conforme se argumentou acima, somada à evidente incompetência do r. Juízo da 2^a Vara Criminal Federal. Dessa forma, até que sejam remetidas a esta Colenda Corte as necessárias informações que devem ser prestadas pela d. Autoridade Coatora e, em seguida, colhido o parecer do Exmo. Dr. Procurador Regional, e finalmente levado o feito à mesa para o julgamento de mérito, é possível concluir desde já que o paciente está sendo vítima de uma inominável injustiça, a “mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão, como diz Tornaghi.

Portanto, não será difícil a conclusão de que a demora na formação da decisão definitiva de mérito da presente medida só prolongará uma situação que configura evidente constrangimento ilegal e que definitivamente não se coaduna com a majestade da Justiça, o que reclama imediato deferimento de provimento cautelar, para a sua cessação.

Para a concessão da providência cautelar, devem estar presentes os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

É indubitosa a existência do primeiro requisito, o *fumus boni juris*, porquanto o paciente está privado da

liberdade em razão de decisão manifestamente destituída da necessária fundamentação jurídica, e também porque a decisão que decretou sua prisão preventiva foi proferida por juiz manifestamente incompetente, com violação à garantia assegurada no inciso LIII, do art. 5º, da Constituição, o que implica em nulidade, conforme a regra do art. 564, I, do Código de Processo Penal.

A par disso, é até intuitivo que a situação em que se encontra o paciente configura flagrante injustiça que há de ser imediatamente cessada, e não poderá ser prolongada com a demora natural decorrente do tempo necessário até que o feito esteja em ordem para o julgamento de mérito.

Some-se a isto o fato de que o paciente não praticou nenhum fato que possa ser traduzido em risco à paz social, nem de que oporá empecilhos à instrução do processo, bem como já deu demonstração de sua intenção de não frustrar a aplicação da lei penal, tanto que espontaneamente apresentou-se à Polícia Federal tão logo soube, por um jornalista, que havia sido decretada a sua prisão preventiva.

Mas não só. O paciente é um político de expressão nacional, tanto que já foi Prefeito da cidade de São Paulo por duas vezes, foi Governador do Estado de São Paulo, e por duas vezes também foi candidato à Presidência da República. E ainda que não seja admirado por muitos, tanto que não foi eleito nas últimas eleições, o certo é merecedor do devido respeito, e não pode sofrer as humilhações que lhe vêm sendo impostas, amplamente noticiadas pela imprensa.

Dessarte, também está presente o *periculum in mora*, que é o segundo requisito autorizador da tutela cautelar e que, segundo a Professora ADA PELLEGRINI GRINOVER²⁰ **“visa a assegurar imediatamente a eficácia do próprio processo, protegendo o direito substancial apenas indiretamente”**.

Ou na lição de JOSÉ ALBERTO DOS REIS²¹, “A formação lenta e demorada da decisão definitiva expõe o presumido titular do direito a riscos sérios de dano jurídico; para afastar estes riscos, para eliminar o dano, admite-se a emanção duma providência provisória ou interina, destinada a durar somente enquanto n?o se elabora e profere o julgamento definitivo.”

Por conseguinte, na medida em que, concretamente, é indubitosa a presença simultânea dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requerem os impetrantes a concessão de medida liminar para que, à moda do instituto da menagem, do Direito Processual Penal Militar, seja imediatamente posto em liberdade, ainda que com a obrigação de comparecimento diário ao r. Juízo da 2ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo até o julgamento do mérito do presente habeas corpus.

Pedem deferimento.

São Paulo, 14 de setembro de 2005.

Américo Masset Lacombe

OAB/SP 26.291

José Roberto Leal de Carvalho

OAB/SP 24.923

Notas de rodapé

(1)Os grifos são do original, e o destaque em negrito dos impetrantes.

(2)Relembre-se que um deles, o de nº 2001.61.81.005327-0, já havia sido autuado como inquérito.

(3)Por um lapso o inquérito foi distribuído livremente para a 6ª Vara, e o Dr. Procurador passou a negar o que havia escrito sobre a prevenção do Juízo da 8ª Vara Criminal.

(4)A partir de determinado momento, o Delegado que presidia o inquérito passou a exercer suas funções em Brasília, porém consta que houve designação para continuar formalmente à frente das investigações, e toda vez que alguém devia prestar depoimento, o Dr. Procurador levava parte dos autos para a delegacia.

(5)Exceção da Verdade nº 541/SP, excipiente o Min. Flávio Bierrenbach e excepto o Sen. José Serra.

(6)Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro, ed. RT, São Paulo, 2001, p. 68.

(7)Curso De Direito Constitucional Positivo, 18ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2000, p. 55.

(8)Cf. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3879>

(9)TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, vol. III, 10ª edição, editora Saraiva, São Paulo, 1987, p. 423.

(10)Código de Processo Penal Comentado, vol. I, 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1998, p. 542.

(11)FRAGOSO, Heleno Cláudio, Lições de Direito Penal- parte especial, vol. II, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 416.

(12)Direito Penal, vol. IV, 6ª ed., Saraiva, São Paulo, 1973, p. 268.

(13)Tratado das provas em direito criminal, apud CAMARGO ARANHA, Adalberto José Q. T., Da Prova no Processo Criminal, 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1987, p. 95.

(14)SILVA FRANCO, Alberto, STOCO, Rui (coord.), Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 3, 2ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pp. 462/463, com destaques em negrito dos subscritores.

(15)PIMENTEL, Manoel Pedro, Crimes contra o sistema financeiro nacional, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, p. 191/192.

(16)Op. cit., p. 461.

(17)SILVA FRANCO, Alberto, STOCO, Rui (coord.), Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 3, 2ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, pp. 457/458.

(18)Op. cit., pp. 459/460.

(19)Idem, p. 462.

(20)O processo em sua unidade, vol. II, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 72.

(21)Código de processo civil anotado, vol. I, 3ª ed., Coimbra, 1948, p. 62.

Date Created

14/09/2005