

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 94.404-3 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACIENTE(S) : **KIAVASH JOORABCHIAN**
IMPETRANTE(S) : **ROBERTO PODVAL E OUTRO(A/S)**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC Nº 100.090 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: "HABEAS CORPUS". ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL. CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE. RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA. VEDAÇÃO LEGAL ABSOLUTA, EM CARÁTER APRIORÍSTICO, DA CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º). INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA "PROIBIÇÃO DO EXCESSO": FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO. ENTENDIMENTO DE AUTORIZADO MAGISTÉRIO DOUTRINÁRIO (LUIZ FLÁVIO GOMES, ALBERTO SILVA FRANCO, ROBERTO DELMANTO JUNIOR, GERALDO PRADO E WILLIAM DOUGLAS, "INTER ALIA"). PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ADI 3.112/DF (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ART. 21). CONVENÇÃO DE PALERMO (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO TRANSNACIONAL). TRATADO MULTILATERAL, DE ÂMBITO GLOBAL, REVESTIDO DE ALTÍSSIMO SIGNIFICADO, DESTINADO A PROMOVER A COOPERAÇÃO

PARA PREVENIR E REPRIMIR, DE MODO MAIS EFICAZ, A MACRODELINQUÊNCIA E AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DE CARÁTER TRANSNACIONAL. CONVENÇÃO INCORPORADA AO ORDENAMENTO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO (DECRETO Nº 5.015/2004). INADMISSIBILIDADE DA INVOCÇÃO DO ART. 11 DA CONVENÇÃO DE PALERMO COMO SUPORTE DE LEGITIMAÇÃO E REFORÇO DO ART. 7º DA LEI DO CRIME ORGANIZADO. A SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA, À AUTORIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DOS TRATADOS INTERNACIONAIS QUE NÃO VERSEM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS. JURISPRUDÊNCIA (STF). DOCTRINA. CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL. INVIABILIDADE DE SUA DECRETAÇÃO, QUANDO FUNDADA NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO, NA SUPOSTA OFENSA À CREDIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES, NO CLAMOR PÚBLICO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE O RÉU POSSA INTERFERIR NAS PROVAS. NÃO SE DECRETA PRISÃO CAUTELAR, SEM QUE HAJA REAL NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO, SOB PENA DE OFENSA AO "STATUS LIBERTATIS" DAQUELE QUE A SOFRE. PRECEDENTES. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de "habeas corpus", com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão emanada da Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de outra ação de "habeas corpus", denegou o "writ" constitucional (HC 100.090/SP).

Registro, desde logo, por necessário, tal como assinalei na decisão por mim proferida no exame de pedido de medida cautelar formulado no HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, que o fato de o paciente ostentar a condição jurídica de estrangeiro e de não possuir domicílio no Brasil não lhe inibe, só por si, o acesso aos instrumentos processuais de tutela da liberdade nem lhe subtrai, por tais razões, o direito de ver respeitadas, pelo Poder Público, as prerrogativas de ordem jurídica e as garantias de índole constitucional que o ordenamento positivo brasileiro confere e

assegura a qualquer pessoa que sofra persecução penal instaurada pelo Estado.

Isso significa, portanto, na linha do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RDA 55/192 - RF 192/122) e dos Tribunais em geral (RDA 59/326 - RT 312/363), que o súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar os remédios constitucionais, como o mandado de segurança ou, notadamente, o "habeas corpus":

"- É inquestionável o direito de súditos estrangeiros ajuizarem, em causa própria, a ação de 'habeas corpus', eis que esse remédio constitucional - por qualificar-se como verdadeira ação popular - pode ser utilizado por qualquer pessoa, independentemente da condição jurídica resultante de sua origem nacional."

(RTJ 164/193-194, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Cabe advertir, ainda, que também o estrangeiro, inclusive aquele que não possui domicílio em território brasileiro, tem direito público subjetivo, nas hipóteses de persecução penal, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do *devido processo legal*, pois - como reiteradamente tem proclamado esta Suprema Corte (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488 - RTJ 185/393-394, v.g.) - a condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de esse mesmo réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório.

Nesse contexto, impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, a preservação da integridade do seu direito de ir, vir e permanecer ("*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*"), bem assim os direitos básicos que resultam do postulado do *devido processo legal*, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.

O fato irrecusável é um só: o súdito estrangeiro, ainda que não domiciliado no Brasil, assume, sempre, como qualquer pessoa exposta a atos de persecução penal, a condição indisponível de sujeito de direitos e titular de garantias, cuja intangibilidade há

de ser preservada pelos magistrados e Tribunais deste país, especialmente por este Supremo Tribunal Federal.

Por reconhecer, desse modo, que o súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe asseguram a preservação do "status libertatis" e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do "due process", passo a examinar o pedido de medida cautelar ora formulado nesta sede processual.

Registro, inicialmente, que o ilustre magistrado federal de primeira instância, na decisão até agora mantida pelas instâncias judiciárias que denegaram a ordem de "habeas corpus", invocou, para justificar a medida excepcional da prisão cautelar ora questionada, o que se contém no art. 7º da Lei nº 9.034/95 (Apenso 01, fls. 207):

"O artigo 7º da Lei n.º 9.034, de 03 de maio de 1995 (acerca das ações praticadas por organizações criminosas), na esteira das orientações da Convenção ONU contra o Crime Organizado Transnacional (adotada em Nova Iorque, no ano de 2000, sendo aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 231, de 29.05.2003, e promulgada pelo Decreto n.º 5015, de 12.03.2004, artigo 11), veda a liberdade provisória 'aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa', de molde que o pedido deve ser deferido." (grifei)

Como se sabe, a Convenção de Palermo (designação dada à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) foi incorporada ao ordenamento positivo interno brasileiro pelo Decreto nº 5.015/2004, que a promulgou e lhe conferiu executoriedade e vigência no plano doméstico.

Trata-se de relevantíssimo instrumento jurídico, de projeção e aplicabilidade globais, aprovado sob a égide das Nações Unidas (RODRIGO CARNEIRO GOMES, "O Crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo", 2008, Del Rey), destinado a "promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional".

Essa Convenção multilateral dispõe, em seu Artigo 11, que cada Estado Parte adotará, "em conformidade com seu direito interno, e tendo na devida conta os direitos da defesa", medidas apropriadas para que as autoridades competentes tenham presente a gravidade das infrações nela previstas, "quando considerarem a possibilidade de

uma libertação antecipada" (n. 4), prescrevendo, ainda, que cada Estado Parte estabelecerá meios adequados para que "as condições a que estão sujeitas as decisões de aguardar julgamento em liberdade" não impeçam a presença do réu "em todo o processo penal ulterior" (n. 3).

É importante assinalar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalente no Supremo Tribunal Federal, que os tratados internacionais (a Convenção de Palermo, p. ex.), que não versem, como na espécie, matéria concernente aos direitos humanos, estão hierarquicamente subordinados à autoridade da Constituição da República, como resulta claro de decisão emanada do Plenário desta Suprema Corte:

"SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional."

(ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, vale enfatizar, por necessário e relevante, e no que concerne à hierarquia das fontes, tratando-se de convenções internacionais que não veiculem cláusulas de salvaguarda pertinentes aos direitos humanos, que estas se sujeitam, de modo incondicional, nos planos da existência, da validade e da eficácia, à superioridade jurídica da Constituição.

Não foi por outro motivo que o eminente Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entendeu conveniente enfatizar, em sua Exposição de Motivos, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação

hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República:

"Infelizmente, o Brasil até hoje não ratificou a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em cuja elaboração participaram brilhantes especialistas nacionais. Dúvidas, a meu ver infundadas, surgidas no seio do próprio Executivo, acerca da compatibilidade de algumas cláusulas sobre entrada em vigor de tratados e a prática constitucional brasileira em matéria de atos internacionais (...) retardaram sua submissão ao referendo do Congresso Nacional. Esse impedimento é tanto mais injustificado quando se considera a possibilidade de fazer-se, no momento da ratificação, alguma reserva ou declaração interpretativa, se assim for o desejo do Poder Legislativo. Seja como for, a eventual aprovação integral da Convenção, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição."

(Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/05/92, p. 9.241 - grifei)

Daí a advertência - que cumpre não ignorar - de PONTES DE MIRANDA ("Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969", tomo IV/146, item n. 35, 2ª ed., 1974, RT), no sentido de que, "Também ao tratado, como a qualquer lei, se exige ser constitucional" (grifei).

A observação que venho de fazer, apoiada no reconhecimento que confere irrestrita precedência hierárquica à Constituição da República sobre as convenções internacionais em geral (ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas nos §§ 2º e 3º do art. 5º da própria Lei Fundamental), torna evidente que cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de gravíssima ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado.

Daí não ser apropriado invocar-se o art. 7º da Lei nº 9.034/95 para, com apoio nele, justificar-se um decreto judicial de privação cautelar da liberdade individual (Apenso 01, fls. 207).

Mostra-se importante ter presente, no caso, que o referido art. 7º da Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) proíbe, de modo abstrato e "a priori", a concessão da liberdade provisória "aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa".

Essa regra legal veio a ser reproduzida, com conteúdo material virtualmente idêntico, pela Lei nº 10.826/2003, cujo art. 21 estabelecia que "Os crimes previstos nos arts. 16, 17 e 18 são insuscetíveis de liberdade provisória" (grifei).

A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível, independentemente da gravidade objetiva do delito, com a presunção de inocência e a garantia do "due process", dentre outros princípios consagrados pela Constituição da República.

Foi por tal razão que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3.112/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, declarou a inconstitucionalidade do art. 21 da Lei nº 10.826/2003, (*Estatuto do Desarmamento*), em decisão que, no ponto, está assim ementada:

"(...) V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão 'ex lege', em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente." (grifei)

O eminente penalista LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com Raúl Cervini ("Crime Organizado", p. 171/178, item n. 4, 2ª ed., 1997, RT), expõe, de modo irrefutável, a evidente inconstitucionalidade do art. 7º da Lei nº 9.034/95, advertindo, com absoluta correção, que a vedação legal em abstrato da concessão da liberdade provisória transgride "o princípio da presunção de inocência", afronta "a dignidade humana" e viola "o princípio da proibição do excesso".

Essa mesma orientação é perfilhada por GERALDO PRADO e WILLIAM DOUGLAS ("Comentários à Lei contra o Crime Organizado", p. 87/91, 1995, Del Rey), que também vislumbram, no art. 7º da Lei do Crime Organizado, o vício nulificador da inconstitucionalidade, resultante da ofensa ao postulado da presunção de inocência e do desrespeito ao princípio da proporcionalidade, analisado este na dimensão que impõe, ao Estado, a proibição do excesso.

Diversa não é, na matéria, e com referência específica ao art. 7º da Lei do Crime Organizado, a lição de ROBERTO DELMANTO JUNIOR ("As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração", p. 142/150, item n. 2, "c", 2ª ed., 2001, Renovar), que adverte, com inteira razão, apoiando-se em magistério de outro eminente autor (ALBERTO SILVA FRANCO, "Crimes Hediondos", p. 489/500, item n. 3.00, 5ª ed., 2005, RT), que se mostra inconstitucional a proibição abstrata, em lei, da concessão da liberdade provisória, pois tal vedação, além de lesar os postulados do "due process of law" e da presunção de inocência, também se qualifica como ato estatal que transgride o princípio da proporcionalidade, no ponto em que este impõe, ao Estado, a proibição do excesso.

Vê-se, portanto, que o Poder Público, especialmente em sede processual penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade.

Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.

O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, exatamente por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, inclui-se, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público.

Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação absolutamente divorciada dos padrões de razoabilidade.

Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto

coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Curso de Direito Administrativo", p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) - como postulado básico de contenção dos excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado - inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa - adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder, extraíndo a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula, em sua dimensão substantiva ou material, a garantia do "due process of law" (RAQUEL DENIZE STUMM, "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", p. 159/170, 1995, Livraria do Advogado Editora; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Direitos Humanos Fundamentais", p. 111/112, item n. 14, 1995, Saraiva; PAULO BONAVIDES, "Curso de Direito Constitucional", p. 352/355, item n. 11, 4ª ed., 1993, Malheiros).

Como precedentemente enfatizado, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem censurado a validade jurídica de atos estatais, que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculam prescrições que ofendem os

padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Em suma, cabe advertir que a interdição legal "*in abstracto*", vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.034/95, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal.

O magistrado, no entanto, sempre poderá, presente situação de real necessidade, evidenciada por fatos que dêem concreção aos requisitos previstos no art. 312 do CPP, decretar, em cada caso, quando tal se mostrar imprescindível, a prisão cautelar da pessoa sob persecução penal.

Foi sob tal perspectiva que esta Corte, tendo presente o requisito legitimador da cautelaridade, julgou (e indeferiu) o HC 89.143/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, por haver entendido, naquele caso, que o decreto de custódia cautelar achava-se adequadamente fundamentado segundo os critérios fixados pelo art. 312 do CPP e de acordo com os padrões estabelecidos pela jurisprudência desta Suprema Corte.

Tenho por inadequada, desse modo, a invocação do art. 7º da Lei do Crime Organizado para justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do ora paciente, sendo irrelevante, consideradas as razões expostas, que a regra legal em questão busque encontrar suporte e reforço, para efeito de sua aplicabilidade, em texto superveniente de convenção internacional, como a Convenção de Palermo, que também não pode transgredir a autoridade da Constituição da República.

Afastada a mera invocação do art. 7º do diploma legislativo em referência, cabe examinar as outras razões expostas no ato decisório contra o qual se insurgem os autores desta ação de "*habeas corpus*".

Ao fazê-lo, tenho para mim, em juízo de sumária cognição, que os fundamentos em que se apóia a presente impetração revestem-se de inquestionável relevo jurídico, especialmente se se examinar o conteúdo da decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente, confrontando-se, para esse efeito, as razões que lhe deram suporte com os padrões que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise.

Eis, em síntese, os fundamentos da decisão, que, emanada do ilustre magistrado federal de primeira instância, deu causa às sucessivas impetrações de "habeas corpus" em favor do ora paciente (Apenso 01, fls. 204/210):

*"As pessoas denunciadas possuem considerável poder de decisão, autonomia e representação dentro de seu âmbito de atuação, **interligando-se** entre si, **reiterando** práticas ilegais de forma velada, **tentando** sempre frustrar a persecução penal de modo que a elas devem ser dispensadas atenção especial **porquanto** soltas continuariam seguramente a persistir na prática das atividades delitivas, ou, o que é pior, a **tudo fazer** para neutralizar os elementos probatórios até aqui produzidos, **colocando** em sério risco a eficácia da ação penal.*

.....
***Evidente o desprezo** pelas autoridades constituídas e o **destemor** pela atuação dos órgãos estatais de controle (Banco Central do Brasil, Receita Federal, Polícia Federal, Ministério Público Federal e Justiça Federal), **sendo de notar** que parte dos denunciados já tinha sido ouvida anteriormente (fls. 135/141 - Boris Berezovsky dos autos n.º 2006.61.81.005118-0/Apenso VII do IPL e fls. 482/488 - **Kia Joorabchian** do Apenso III do IPL), **mas persistiram** na prática delituosa, **agora contando** com o suposto assessoramento de autoridades federais, **que teriam sido consultadas** para viabilizar 'investimentos' no país.*

.....
***Todos os denunciados estrangeiros demonstram** já de antemão **não possuírem** qualquer intenção de colaborar para a aplicação da lei penal. **Em liberdade, certamente tudo farão** para inviabilizar a persecução criminal, **além de continuarem** na prática de tais atividades, **circunstância esta** que desde logo coloca **em grave risco** a ordem pública e a credibilidade da Justiça.*

Não se decreta a custódia cautelar pela gravidade dos eventuais atos ilícitos praticados, mas pela reiterada tentativa de lhes conferir idoneidade, o que provoca, ainda nos dias atuais, grande repercussão e clamor público, fragilizando a atividade jurisdicional e a ordem pública.

Não se trata, também, de mera detenção cautelar pela simples repercussão dos fatos, mas porquanto se observou cupidez e manobras, que não inibiram, antes reforçaram, condutas que ainda causam indignação na opinião pública com repulsa profunda." (grifei)

Parece-me que a decisão em causa, ao decretar a prisão preventiva do ora paciente, considerados os fundamentos nela invocados, teria transgredido os critérios que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal construiu em tema de privação cautelar da liberdade individual.

Todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade. Não obstante o caráter extraordinário de que se reveste, a prisão preventiva pode efetivar-se, desde que o ato judicial que a formalize tenha fundamentação substancial, com base em elementos concretos e reais que se ajustem aos pressupostos abstratos - juridicamente definidos em sede legal - autorizadores da decretação dessa modalidade de tutela cautelar penal (RTJ 134/798, Rel. p/ o acórdão Min. CELSO DE MELLO).

É por essa razão que esta Corte, em pronunciamento sobre a matéria (RTJ 64/77), tem acentuado, na linha de autorizado magistério doutrinário (JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 376, 2ª ed., 1994, Atlas; PAULO LÚCIO NOGUEIRA, "Curso Completo de Processo Penal", p. 250, item n. 3, 9ª ed., 1995, Saraiva; VICENTE GRECO FILHO, "Manual de Processo Penal", p. 243/244, 1991, Saraiva), que, uma vez comprovada a materialidade dos fatos delituosos e constatada a existência de meros indícios de autoria (pressupostos da prisão preventiva) - e desde que concretamente ocorrente qualquer das situações referidas no art. 312 do Código de Processo Penal (fundamentos da prisão preventiva) -, torna-se legítima a decretação, pelo Poder Judiciário, dessa especial modalidade de prisão cautelar.

Presente esse contexto, cabe verificar se os fundamentos subjacentes à decisão ora questionada ajustam-se, ou não, ao magistério jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no exame do instituto da prisão preventiva.

É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente da decisão de pronúncia e prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência (RTJ 133/280 - RTJ 138/216 - RTJ 142/855 - RTJ 142/878 - RTJ 148/429 - HC 68.726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, v.g.).

Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar ("carcer ad custodiam") - que não se confunde com a prisão penal ("carcer ad poenam") - não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal" (BASILEU GARCIA, "Comentários ao Código de Processo Penal", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), tal como esta Suprema Corte tem proclamado:

"A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO TEM POR OBJETIVO INFLIGIR PUNIÇÃO ANTECIPADA AO INDICIADO OU AO RÉU.

- 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, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal." (RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função exclusivamente processual que lhe é inerente - não pode ser utilizado com o objetivo de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento ao princípio da liberdade (HC 89.501/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

É por isso que esta Suprema Corte tem censurado decisões que fundamentam a privação cautelar da liberdade no reconhecimento de fatos que se subsumem à própria descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica do tipo penal:

"(...) PRISÃO PREVENTIVA - NÚCLEOS DA TIPOLOGIA - IMPROPRIEDADE. Os elementos próprios à tipologia bem como as circunstâncias da prática delituosa não são suficientes a respaldar a prisão preventiva, sob pena de, em última análise, antecipar-se o cumprimento de pena ainda não imposta (...)."
(HC 83.943/MG, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - grifei)

Essa asserção permite compreender o rigor com que o Supremo Tribunal Federal tem examinado a utilização, por magistrados e Tribunais, do instituto da tutela cautelar penal, em ordem a impedir a subsistência dessa excepcional medida privativa da liberdade, quando incorrente hipótese que possa justificá-la.

Nem se diga que a gravidade em abstrato dos crimes bastaria para justificar a privação cautelar da liberdade individual do paciente.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, só por si, para justificar a privação cautelar do "status libertatis" daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado.

Esse entendimento vem sendo observado em sucessivos julgamentos proferidos no âmbito desta Corte, ainda que o delito imputado ao réu (não é o caso destes autos!) seja legalmente classificado como crime hediondo (RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 182/601-602, Rel. p/ o acórdão Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RHC 71.954/PA, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.):

"A gravidade do crime imputado, um dos malsinados 'crimes hediondos' (Lei 8.072/90), não basta à justificação da prisão preventiva, que tem natureza cautelar, no interesse do desenvolvimento e do resultado do processo, e só se legitima quando a tanto se mostrar necessária: não serve a prisão preventiva, nem a Constituição permitiria que para isso fosse utilizada, a punir sem processo, em atenção à gravidade do crime imputado, do qual, entretanto,

'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória' (CF, art. 5º, LVII)."
(RTJ 137/287, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei)

"A ACUSAÇÃO PENAL POR CRIME HEDIONDO NÃO JUSTIFICA A PRIVAÇÃO ARBITRÁRIA DA LIBERDADE DO RÉU.

- **A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por atos arbitrários do Poder Público, mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, eis que, até que sobrevenha sentença condenatória irrecorrível (CF, art. 5º, LVII), não se revela possível presumir a culpabilidade do réu, qualquer que seja a natureza da infração penal que lhe tenha sido imputada.**"
(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Também não se reveste de idoneidade jurídica, **para efeito** de justificação **do ato excepcional** de privação **cautelar** da liberdade individual, **a alegação** de que o paciente **deveria** ser mantido na prisão, **em ordem** a garantir a credibilidade da Justiça.

Esse entendimento **já incidiu**, por mais de uma vez, **na censura** do Supremo Tribunal Federal, que, **acertadamente**, tem destacado **a absoluta inidoneidade** dessa particular fundamentação do ato que decreta a prisão preventiva do réu (RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 72.368/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE):

"O clamor social e a credibilidade das instituições, por si sós, não autorizam a conclusão de que a garantia da ordem pública está ameaçada, a ponto de legitimar a manutenção da prisão cautelar do paciente enquanto aguarda novo julgamento pelo Tribunal do Júri."
(RTJ 193/1050, Rel. Min. EROS GRAU - grifei)

Por sua vez, **a suposição** - fundada em juízo **meramente** conjectural (**sem** qualquer referência a situações concretas) - de que o réu **poderia** interferir nas provas, **se** mantido em liberdade, **constitui**, quando **destituída** de base empírica, **presunção arbitrária que não pode legitimar** a privação cautelar da liberdade individual.

A mera afirmação, desacompanhada de indicação de fatos concretos, de que o ora paciente, em liberdade, **poderia frustrar, ilicitamente**, a regular instrução processual **revela-se insuficiente** para fundamentar o decreto de prisão cautelar, **se essa alegação - como parece ocorrer** na espécie dos autos - **deixa de ser corroborada por necessária** base empírica (que necessariamente **deve** ser referida na decisão judicial), **tal como tem advertido**, a propósito desse

específico aspecto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 170/612-613, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 175/715, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, v.g.).

Sustentou-se, ainda, para justificar a prisão preventiva do ora paciente, que os eventos que lhe foram imputados teriam provocado "grande repercussão e clamor público, fragilizando a atividade jurisdicional e a ordem pública" (Apenso 01, fls. 210 - grifei).

Cabe lembrar, neste ponto, que o clamor público não pode erigir-se em fator subordinante da decretação ou da preservação da prisão cautelar de qualquer réu.

A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem enfatizado que o estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela prática da infração penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso.

Bem por isso, já se decidiu, nesta Suprema Corte, que "a repercussão do crime ou o clamor social não são justificativas legais para a prisão preventiva, dentre as estritamente delineadas no artigo 312 do Código de Processo Penal (...)" (RTJ 112/1115, 1119, Rel. Min. RAFAEL MAYER - grifei).

A prisão cautelar, em nosso sistema jurídico, não deve condicionar-se, no que concerne aos pressupostos de sua decretabilidade, ao clamor emergente das ruas, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

Esse entendimento constitui diretriz prevalecente no magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que a repercussão social do delito e o clamor público por ele gerado não se qualificam como causas legais de justificação da prisão processual do suposto autor da infração penal, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal (RT 598/417 - RTJ 172/159, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - HC 71.289/RS, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - RHC 64.420/RJ, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.):

"O CLAMOR PÚBLICO NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE.

- O estado de comoção social e de eventual indignação popular, motivado pela repercussão da prática da infração

penal, não pode justificar, só por si, a decretação da prisão cautelar do suposto autor do comportamento delituoso, sob pena de completa e grave aniquilação do postulado fundamental da liberdade.

O clamor público - precisamente por não constituir causa legal de justificação da prisão processual (CPP, art. 312) - não se qualifica como fator de legitimação da privação cautelar da liberdade do indiciado ou do réu, não sendo lícito pretender-se, nessa matéria, por incabível, a aplicação analógica do que se contém no art. 323, V, do CPP, que concerne, exclusivamente, ao tema da fiança criminal. Precedentes."

(RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Sendo assim, tendo presentes as razões expostas, defiro o pedido de medida liminar, para, até final julgamento desta ação de "habeas corpus", suspender, cautelarmente, a eficácia da decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente, proferida nos autos do Processo nº 2006.61.81.008647-8 (6ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo).

Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao Excelentíssimo Senhor Ministro-Relator do HC 100.090/SP (Superior Tribunal de Justiça), à Presidência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (HC nº 2007.03.00.097239-7) e ao Senhor Juiz da 6ª Vara Federal Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo (Processo nº 2006.61.81.008647-8).

Publique-se.

Brasília, 19 de agosto de 2008.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator