

HABEAS CORPUS 95.009-4 SÃO PAULO

RELATOR	: MIN. EROS GRAU
PACIENTE(S)	: DANIEL VALENTE DANTAS
PACIENTE(S)	: VERÔNICA VALENTE DANTAS
IMPETRANTE(S)	: NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: RELATOR DO HC N° 107.514 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça, decisão monocrática que indeferiu pleito cautelar em *habeas corpus* lá impetrado.

2. Os impetrantes inicialmente pleitearam acesso a documentos atinentes a investigação que teria curso na Polícia Federal, bem assim salvo-conduto ante a possibilidade de decretação de suas prisões provisórias.

3. A impetração aludia a matéria publicada no jornal "Folha de São Paulo", dando conta de possível instauração de inquérito contra os pacientes. Em vista disso determinei, em 12 de junho de 2008, a expedição de ofício ao Juízo da causa, a fim de que prestasse informações pormenorizadas a respeito do alegado na inicial.

4. As informações, endereçadas ao Ministro "Eros Grau de Mello", não obstante datadas de 26 de junho foram juntadas aos autos apenas no período de férias forenses, em 7 de julho passado (fls. 53/59), quase um mês após requisitadas. Daí a impossibilidade do exame, por mim, do pedido de concessão de liminar. Essas "informações" são

evasivas, expressando evidente recusa, do Juiz federal, a prestá-las.

5. O Ministro Gilmar Mendes reconheceu, durante as férias forenses, a existência de situação de flagrante constrangimento ilegal, a justificar exceção à Súmula 691 do STF. Deferiu medida liminar a fim de que o Juízo da Sexta Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo franqueasse, aos pacientes e a seus procuradores, acesso aos autos números 2007.61.81.001285-2, 2008.61.81.008935-1 e 2008.61.81.008919-1. Requisitou cópia do decreto de prisão temporária (fls. 61/71).

6. O Juiz de Plantão na Sexta Vara Criminal Federal de São Paulo encaminhou a este Tribunal cópia integral da decisão que determinou várias buscas e apreensões e decretou a prisão temporária dos pacientes e outros (fls. 90/262).

7. O Ministro Gilmar Mendes deferiu então nova liminar, cassando a prisão temporária dos pacientes. Isso porque a entendeu injustificável face à realização da colheita de provas determinada nos mandados de busca e apreensão. Considerou ainda a inviabilidade de decreto de prisão temporária com base na mera necessidade de oitiva dos investigados para fins de instrução processual (fls. 445/462). Essa decisão foi estendida aos demais investigados (fls. 776/781).

8. Posteriormente o Juiz do feito indeferiu representação pela custódia cautelar do paciente, decretando-a somente em relação a Umberto José da Rocha Braz e Hugo Chicaroni (fl. 908). Sobreveio pedido de reconsideração dessa decisão, formulado pela autoridade

policial, sob a alegação de que a liberdade do paciente e de outros investigados poria em risco a tramitação da investigação.

9. O Juiz em seguida reconsiderou a decisão anterior, decretando a prisão cautelar de Daniel Dantas por conveniência da instrução criminal, a pretexto de assegurar a aplicação da lei penal e garantir a ordem pública e econômica (fls. 914/931).

10. O Ministro Gilmar Mendes então revogou a prisão cautelar observando que (fls. 932/942):

'a) os mesmos fundamentos que permitiram o conhecimento do pedido de afastamento da prisão temporária nestes autos também permitem conhecer do pleito de revogação da prisão preventiva;

b) a fundamentação utilizada pelo Juiz Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo, Dr. Fausto Martin de Sanctis, não é suficiente para justificar a restrição à liberdade do paciente;

c) para que o decreto de custódia cautelar seja idôneo, é necessário que o ato judicial constitutivo da liberdade especifique, de modo fundamentado (CF, art. 93, IX), elementos concretos que justifiquem a medida;

d) não há fatos novos de relevância suficiente a permitir a nova ordem de prisão expedida;

e) o encarceramento do paciente revela nítida via oblíqua de desrespeitar a decisão deste Supremo Tribunal Federal anteriormente expedida'

11. Sobreveio extensa manifestação, em trinta e nove laudas, do Ministério Público Federal, assim ementada (fls. 1.115/1.153):

"HABEAS CORPUS. PEDIDO PREVENTIVO
CONVERTIDO EM LIBERATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

NOVO TÍTULO: PRISÃO TEMPORÁRIA. DECISÃO SATISFATIVA. ACESSO AOS AUTOS. PERDA DE OBJETO. NOVO TÍTULO: PRISÃO PREVENTIVA. SUCESSIVAS SUPRESSÕES DE INSTÂNCIA. IMPLICAÇÕES.

1. Se advém ato jurídico novo, representado por um despacho de prisão temporária (mais de 172 laudas), não se pode transformar, **em questão tão complexa** - crime contra o Sistema Financeiro Nacional, lavagem de dinheiro, corrupção ativa, etc, com inúmeros investigados - um habeas corpus de preventivo para liberatório. Aliás, o ato não foi levado às instâncias ordinárias.

2. Não é o caso de flexibilização da Súmula 691 (STF), porque tal flexibilização só é possível quando a questão, **levada às instâncias anteriores**, foi indeferida liminarmente ou não restou apreciada. Além disso, não há teratologia, ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não pode essa Suprema Corte apreciar **diretamente** ato de juiz singular, para dizer que tal ato não está fundamentado, sob pena de supressão de instâncias. Na lição da Ministra Ellen Gracie: '*Falece competência ao supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus contra ato de juiz de 1º grau, sob pena de supressão de instância, em completo desvirtuamento do ordenamento jurídico brasileiro em tema relativo à competência dos órgãos do Poder Judiciário, notadamente da Suprema Corte.*' (HC 93.462/DF, 2ª Turma, julgado de 10.6.2008)

4. Pode o Juiz de 1º grau, de posse de elementos concretos e fatos novos, após a realização de buscas e apreensões e oitiva de testemunhas, expedir mandado de prisão preventiva, **no curso de uma ação de habeas corpus**, providênciia que se encontra no âmbito de sua competência e atribuições. No dizer do sempre saudoso ex-Ministro Aliomar Baleeiro: '*Prisão preventiva. Não há constrangimento ilegal se, depois da concessão de habeas corpus por defeito de fundamentação do primeiro despacho de prisão preventiva, o juiz expediou outro, em boa forma processual, reportando-se a novos elementos de convicção de que o paciente, acusado de receptação dolosa, dificulta a prova e pretenda fugir,*

como, aliás, fugiu.' (HC 43.961/RS, 2ª Turma, DJ 15.6.1967). É o caso, *mutatis mutandis*!

5. Cabe à 2ª Turma **referendar ou não** as decisões da ilustrada Presidência expedidas com base no art. 13, inc. VIII, do RISTF. Precedentes dessa Corte.

6. Pelo *referendum* de todas as decisões que garantiram às partes e aos advogados o acesso aos autos; que se reconheça a perda de objeto do *mandamus*, que, convertido, passou a atacar prisão temporária, cujo prazo já transcorreu; que se acate o pedido de reconsideração, para que essa respeitável 2ª Turma não referende, *data venia*, a revogação do despacho da preventiva, por supressão de instância. Além disso, o mesmo contém **fatos novos** e se encontra devidamente fundamentado. E, por consequência, que se dê ciência ao juiz singular, para os devidos fins".

12. O Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves manifestou-se novamente às fls. 1.415/1.415 requerendo, dada a relevância da matéria (art. 21, inc. XI, c/c art. 22, parágrafo único, letra b, do RISTF), a afetação do julgamento ao Pleno.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO Eros Grau (Relator): O *habeas corpus* preventivo diz com o futuro. Respeita a futura violação do direito de ir e vir. O temor de que a liberdade do paciente venha a ser sacrificada justifica-o. Temor, medo que decorria, no caso concreto, do conhecimento de notícia veiculada em jornal de grande circulação. O fim, seja no pedido preventivo, seja no pleito liberatório, está na proteção da liberdade de locomoção, ameaçada de forma mediata no primeiro caso, imediatamente, no segundo. Eis porque o parecer ministerial não prospera ao sustentar a impossibilidade de conversão de *habeas corpus* preventivo em liberatório. A esse respeito o Ministro Gilmar Mendes observou: "o conhecimento do pedido de liberdade por esta Corte se mostra possível em virtude da conversão da natureza do presente *writ*, de preventivo para liberatório" (fl. 589). Nada tenho, em um primeiro passo, a acrescentar quanto a este aspecto.

2. Outrossim, o conhecimento deste *habeas corpus* antes do pronunciamento de mérito nas instâncias precedentes deu-se de forma convincentemente fundamentada, qual se infere da leitura do seguinte trecho da decisão, do Ministro Gilmar Mendes, que deferiu a liminar:

"Em princípio, a jurisprudência desta Corte é no sentido da inadmissibilidade da impetração de *habeas corpus*, nas causas de sua competência originária, contra decisão denegatória de liminar em ação de mesma natureza articulada perante tribunal superior, antes do julgamento definitivo do *writ* [cf. HC (QO) nº 76.347/MS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, *Dj* 8.5.1998; HC nº 79.238/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1º Turma, unânime, *Dj* 6.8.1999; HC 79.238/RS, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, unânime, *DJ* 3.3.2000; HC nº

79.775/AP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2^a Turma, maioria, DJ 17.3.2000; e HC nº 79.748/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 2^a Turma, maioria, DJ 23.6.2000].

Esse entendimento está representado na Súmula nº 691/STF, *verbis*: 'Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de *habeas corpus* impetrado contra decisão de Relator que, em *habeas corpus* requerido a tribunal superior, indefere a liminar'.

O rigor na aplicação da Súmula nº 691/STF tem sido abrandado por julgados desta corte em hipóteses excepcionais em que: a) seja premente a necessidade de concessão do provimento cautelar para evitar flagrante constrangimento ilegal; ou b) a negativa de decisão concessiva de medida liminar pelo tribunal superior importe na caracterização ou na manutenção de situação que seja manifestamente contrária à jurisprudência do STF [cf. as decisões colegiadas: HC nº 84.014/MG, 1^a Turma, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.6.2004; HC nº 85.185/SP, Pleno, por maioria, Rel. Min. Cesar Peluso, DJ 1º.9.2006; HC nº 88.229/SE, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1^a Turma, maioria, DJ 23.2.2007; e as seguintes decisões monocráticas: HC nº 85.826/SP (MC), Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3.5.2005; e HC nº 86.213/ES (MC), Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1º.8.2005]".

3. O prolator dessa decisão demonstrou serem flagrantemente ilegais tanto a negativa de acesso aos autos do procedimento investigatório, em prejuízo das partes e de seus procuradores, quanto as prisões temporárias e preventivas, estas últimas concretizadas após a impetração.

A prisão cautelar do paciente foi decretada em longa decisão, repetitiva, que passo a transcrever para registro, adiante dela extraindo, em destaque, trechos significativos. Permito-me de pronto observar que seu caráter, rebarbativo, é coerente com a circunstância de as "informações" aportadas aos autos pelo Juiz que a decretou serem evasivas --- em verdade o Juiz negou-se a cumprir o

que determinei --- tendo sido ademais dirigidas ao "Ministro Eros Grau de Mello". Inadmissível que um membro do Poder Judiciário desconheça os nomes corretos dos juízes desta Corte, o desvio, talvez irônico --- o que consubstancia desrespeito a todos nós --- é extremamente grave. A coerência decorre, em alguns casos, da sua própria incoerência. Lê-se a fls. 914/931:

'As autoridades policiais signatárias do pedido formulado às fls. 02/10 REPRESENTAM pela reconsideração da decisão que indeferiu a Prisão Preventiva de Daniel Valente Dantas, reportando-se inicialmente ao teor do Relatório Parcial apresentado a este Juízo em 23.06.2008, no qual teriam sido compiladas as provas reunidas até aquele momento da investigação e o risco que a liberdade do representado e de outros investigados oferecia à tramitação da presente investigação '*ante aos indícios e materialidade as ameaças e ofertas generosas em troca de paralisação das investigações ou ocultação de provas necessárias à conclusão do feito (episódio vazamento)*'.

Na residência de Hugo Chicaroni foram apreendidos cerca de R\$ 1.280.000,00, que seriam utilizados para pagamento a título de propina a um dos signatários da Representação, qual seja, o DPF Victor Hugo, para que o investigado Daniel Valente Dantas fosse excluído da investigação, como teriam afirmado Hugo Chicaroni e Humberto Braz nos três encontros que mantiveram no bojo da Ação Controlada previamente autorizada por este Juízo. Salientam que tal quantia só não teria sido entregue ao DPF Victor Hugo porquanto o quarto encontro que haveria com os membros do suposto grupo criminoso não se efetuou dado o receio das autoridades, ante a constatação de que no encontro anterior, foi-lhe entregue quantia menor (diferença de R\$ 950,00), o que poderia configurar estratégia do suposto grupo para questionar a integridade da conduta dos membros da equipe de investigação.

Sustentam que referido numerário reforça a hipótese de que **Daniel Valente Dantas** tinha pleno conhecimento do oferecimento de propina,

conforme indícios que declinam nas alíneas 'a' a 'd.5' de sua Representação, além disso, [sic] mencionam que a análise preliminar dos documentos apreendidos na diligência de Busca e Apreensão realizada na residência de **Daniel Valente Dantas** teria trazido novas evidências que reforçariam a necessidade da decretação de sua custódia cautelar.

Apresentam documento intitulado '*Contribuições ao CLUBE*', figurando dentre eles, as expressões '*Contribuição para que um dos companheiros não fosse indiciado criminalmente*', forma de pagamento '*CASH*' no valor de 1.500.000,00 (não se sabe em qual moeda), no ano de 2004, figurando como interlocutor pessoa denominada '*Pedro.*' Em outra folha manuscrita apreendida em sua residência, com timbre do Hotel *The Waldorf Astoria*, pode-se ler a anotação: '*usar o assunto da Polícia p/produzir notícia e influenciar na Justiça*', concluindo seu raciocínio no sentido de que estaria confirmada '*a produção de factóides pela quadrilha com vistas a manipular a imprensa, a fim de gerar notícias favoráveis à organização criminosa, tudo para abastecer com argumentos as inumeráveis manobras jurídicas de seus advogados*', mormente porque no curso da investigação havia sido comprovado que o investigado '*manteve pessoalmente e por meio de outras pessoas de sua organização contatos com vários jornalistas, ocasiões nas quais são discutidos o teor de matérias a serem publicadas na imprensa*'.

Pugnam, por fim, pelo acolhimento de sua Representação visando-se garantir a ordem pública, por conveniência da instrução penal e para assegurar a aplicação da lei penal.

O Ministério Público Federal, em sua manifestação ofertada às fls. 12/23, requer novamente a decretação da prisão preventiva de **Daniel Valente Dantas** e pugna pela adoção da medida também em relação a Wilson Mirza Abraham, porquanto com a deflagração da Operação Policial, estaria evidenciado que, sob o comando de **Daniel Valente Dantas**, Humberto Braz e Hugo Chicaroni teriam oferecido vantagem indevida ao Delegado de Polícia Federal Vitor Hugo Rodrigues Alves Ferreira, para determiná-lo a omitir ato de ofício consubstanciado na concretização da

investigação criminal, especificamente em relação ao primeiro investigado e sua irmã Verônica Valente Dantas, incorrendo todos nas disposições do artigo 333 do Código Penal.

A apreensão de grande quantia em dinheiro na residência de Hugo Chicaroni, além das declarações deste investigado coligidas no bojo do IPL nº 12.0233/2008 nas quais afiançou que quem teria coordenado a entrega de valores a ele foi Humberto, que seria executivo do Banco Opportunity, evidenciam ter **Daniel Valente Dantas** perpetrado o crime de corrupção ativa, contando ainda com a participação do advogado Mirza, conforme declarações prestadas por Hugo Chicaroni. Em acréscimo, pontua o órgão ministerial o documento apreendido na residência de **Daniel Valente Dantas** em ordem a demonstrar que '*a corrupção representa expediente contumaz na atividade deletéria desempenhada pelo grupo criminoso*', porquanto tratar-se-ia de manuscrito dando conta de pagamento de elevada cifra, no ano de 2004, a título de '*contribuição para que um dos companheiros não fosse indiciado criminalmente*'. Acompanha a manifestação os documentos encartados às fls. 24/29.

É o relatório.

Decido.

Ora, com os novos elementos acima retratados pela autoridade policial e pelo órgão ministerial, não se pode deixar de analisar novamente a questão, a despeito da r. decisão do Eminente Ministro Gilmar Mendes, que fez considerações apenas acerca dos fundamentos da prisão temporária, conforme, aliás, restou registrado na decisão de fls. 305/478 dos autos nº 2008.61.81.008936-1, consignando a necessidade de outros elementos. A prisão preventiva não tinha sido decretada na oportunidade pelo fato de ser indispensável estabelecer o vínculo entre o representado **Daniel Valente Dantas** e aqueles que, supostamente, a seu serviço, estariam corrompendo a autoridade policial.

Com a revelação de outros elementos, que fornecem subsídios equivalentes à Prisão Preventiva de Hugo Chicaroni e de Humberto José da Rocha Braz, por força do preceito da igualdade, não teria sentido permitir e decidir pela prisão destes e deixar à margem os outros, no caso **Daniel Valente Dantas**. Do

contrário, a justiça criminal correria risco de descrédito caso não sejam debeladas as desigualdades que, s.m.j., não podem subsistir no seu funcionamento, e este juízo consagraria verdadeira distinção.

Aqueles que tiveram suas liberdades cerceadas, diante de prisões já decretadas, poderiam alegar situação de inferioridade ou de menor proteção. Em outras palavras, invocariam diferenciação injustificada de tratamento, sentimento experimentado de tratamento não igualitário aliás, o que já sente o cidadão comum quanto à alegada desigualdade de repressão penal, a consciência de que a injustiça é mais aguda e a justiça severa para as classes mais desfavorecidas (*preconceito de classe*).

A diferenciação aceitável de tratamento encontra guarida quando a concessão de direitos especificamente a certas pessoas, notadamente, [sic] às que se encontram em situação de inferioridade, carência ou menor proteção, somente ocorre se o objetivo for de alcançar a igualdade e tais direitos aparecem como instrumentais a essa finalidade.

Jorge Miranda entende a esse respeito que '*a igualdade social como igualdade efetiva pode considerar-se um elemento ou um momento de uma igualdade jurídica de conteúdo mais rico*' (cf. Princípio da Igualdade, *Polis*, vol. 3, p. 408).

Determinada solução será materialmente justa se permitir que aquilo que foi considerado igual entre si se torne cada vez mais próximo do que até aí lhe era desigual e afigura-se como desejável num dado momento histórico.

Não se pode permitir que subsistam diferenças de tratamento pela justiça criminal, como historicamente sempre ocorreu, mesmo nos primórdios quando a vingança privada identificar-se-ia como a justiça do mais forte.

Quanto ao sistema português, por exemplo, as Ordenações Afonsinas (1446, Afonso V), Manuelinas (1521, Manuel I) e Filipinas (1603, Filipe II), já consignavam, como causa de comutação ou de perdão da pena de morte, o fato de o condenado ser '*peritísmo, e muito insígne na sua arte: porque semelhante qualidade do homem, e que tem tal engenho* não

deve morrer', devendo-lhe impor pena correspondente à sua nobreza.

Logo, não é a diferença (física, psíquica ou econômica), [sic] que motiva o crime: aqueles que detenham confortável situação econômica, socialmente integrados, como sujeitos perfeitamente aptos, capazes quer do ponto de vista biológico, quer do intelectual, e, por vezes, até com capacidade acima da média, devem aceitar a idéia de estar em posição de igualdade a qualquer investigado ou acusado, respeitando-se a atividade legítima do Estado.

Todos devem merecer adequado tratamento, sem distinção, uma vez presentes os requisitos da Prisão Preventiva. Essa igualdade requer, assim, que não haja condescendência com os comportamentos duvidosos que atinjam o resultado de um processo criminal legítimo, jamais justificados '*naquilo que todos fazem*', devendo merecer pronto repúdio, não se admitindo clemências públicas despropositadas ou tratamento privilegiado ou leniente.

Não há direito subjetivo a responder o processo em liberdade por parte de pessoas que teriam atuado para obstruir a persecução penal. A Constituição Federal, como, aliás, todas as Constituições, não podem se constituir numa Carta de Declaração de Direitos Individuais. Ela estabelece princípios. Consiste num instrumento útil e dinâmico de conjugação de preceitos baseados nos valores da sociedade em determinado momento histórico. Caso a encare sob uma única óptica, míope será a interpretação por não se conformar com o verdadeiro sentido da obra. Há conjugação de direitos e obrigações a todas as pessoas que a ela devem se submeter.

No caso, deve prevalecer o interesse público de uma apuração regular sem as interferências, já comprovadas, de que lança mão o representado **Daniel Valente Dantas**, conforme passa-se a aduzir.

As investigações efetivadas nos feitos nºs 2007.61.81.001285-2, 2007.61.81.011419-3 e 2007.61.81.010208-7, bem ainda as obtidas a partir de 08.07.2008, no desencadeamento da Operação '*Satiagraha*', por força das Representações Policiais contidas nos atuso sob nºs 2008.61.81.008936-1, 2008.61.81.008919-1 e 2008.61.81.008920-8, nas

quais foram deferidas medidas de Busca e Apreensão, de Prisões Preventivas e Temporárias, de Quebras de Sigilo Fiscal e Bancário de vários investigados, dentre outras, permitiram a apuração de indícios de dois supostos grupos criminosos voltados à perpetração de delitos em princípio tipificados nos artigos 288 (c.c. o artigo 2, alínea, 'a' da Convenção de Palermo - introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 5.015, de 12.03.2004, e c.c. a Lei nº 9.034, de 03.05.1995), 332 e 333, todos do Código Penal; artigos 4º, *caput*, 16.17 e 22, todos da Lei nº 7.492, de 16.06.1986; artigo 27-D da Lei nº 6385, de 07.12.1976, e artigo 1º, incisos V, VI e VIII, da Lei nº 9.612, de 03.03.1998.

No que tange a **Daniel Valente Dantas**, foi possível aferir por meio das diligências de Busca e Apreensão efetivadas em 08.07.2008, tanto em sua residência quanto no endereço de Hugo Chicaroni, fortes indícios do cometimento do delito tipificado no artigo 333 do Código Penal, perpetrado, em tese, em face de autoridade policial federal, conforme descrição contida às fls. 305/478 dos tuaos nº 2008.61.81.008936-1.

Cabe, neste ponto, relembrar que as prisões preventivas decretadas em 04.07.2008 em relação às pessoas de Humberto José da Rocha Braz e de Hugo Chicaroni decorreram da necessidade de postergar as prisões em flagrante em razão das medidas adotadas no procedimento de Ação Controlada que aconselharam o protelamento **[sic]** daquelas medidas.

No endereço de Hugo Chicaroni foi apreendida no dia 08.07.2008 a quantia de R\$ 1.280.000,00, num claro indicativo de que destinaria-se à complementação dos valores outrora entregues à Autoridade Policial Federal (recebidos dentro do Procedimento de Ação Controlada em curso perante este Juízo) visando-se o pleno êxito do intento de fazer cessar o andamento de qualquer investigação perante o Poder Judiciário Federal em desfavor de **Daniel Valente Dantas**, de Verônica Valente Dantas e de outro familiar, questão já retratada na decisão proferida em 04.07.2008.

Há de se observar que para o indeferimento do pedido de prisão preventiva de **Daniel**

Valente Dantas outrora requerido pela autoridade policial, com manifestação favorável do Ministério Público Federal, este juízo reputou ausente seguro vínculo deste investigado com os representados Humberto e Hugo no tocante às tratativas para a consumação do delito de corrupção ativa, objeto de apuração nos autos da Ação Controlado sob nº 2008.61.81.008291-3.

Até aquele momento, pela análise dos elementos de prova existentes, podia-se entrever que todas as tratativas levadas a efeito por Humberto e Hugo perante Delegado de Polícia Federal que auxiliava nas investigações objeto das medidas assecuratórias em curso, tinham como beneficiários diretos **Daniel Valente Dantas**, Verônica Valente Dantas e outro familiar. Tal circunstância, contudo, não se afigurava suficiente a conferir a concretude necessária ao acolhimento do pedido de prisão preventiva de Daniel, tanto é que se fez constar daquele *decisum*:

'... Já, desde o princípio das investigações, tem-se aferido que Daniel Valente Dantas voltar-se-ia, em tese, ao cometimento dos delitos, ora em averiguação, com a absoluta certeza de sua impunidade tanto é que diligentemente exerceria seu poder de mando sobre os demais investigados sem adoção de ações visíveis, porquanto seu nome não consta de muitas das empresas investigadas; utilizasse de telefone com parcimônia, deixando entrever, em poucos, mas significativos diálogos, sua posição de proeminência; raramente faz uso de e-mails, fato por ele claramente revelado em um dos diálogos monitorados (a título ilustrativo, merece mais uma vez ser salientado sua articulação para confundir autoridade judiciária da Corte de New York na ocasião em que prestara depoimento em processo movido pelo Cititank) e, de forma evasiva, vale-se dos demais investigados, que comporiam formalmente seu Grupo, cujas supostas atividades ilícitas estariam se divisando neste atual estágio de investigações.

Como salientado em tópico precedente, o crime de corrupção ativa que teria sido

*perpetrado por Humberto José da Rocha Braz e Hugo Chicaroni e que motivou a decretação de suas prisões preventivas, aparentemente guardaria liame com as condutas de **Daniel Valente Dantas**.*

*Os vínculos desse investigado com aqueles que, aparentemente, em seu nome, oferecem e entregam à autoridade policial altas somas em dinheiro (para possivelmente afastá-lo, bem como sua irmão e outro familiar), fornecem subsídios ao juízo no sentido de que tais pessoas (Hugo e Humberto) teriam atuado sob suposta orientação do primeiro (**Daniel Valente Dantas**). Tal inferência, se de um lado impõe cautela na apreciação do pedido de decretação da prisão preventiva requerido pela autoridade policial e pelo Ministério Público Federal, de outro, aconselha a decretação de sua prisão temporária como forma de se obter maiores elementos acerca do delito de corrupção ativa, bem como dos demais delitos em averiguação, afigurando-se, pois, a medida constritiva imprescindível às investigações...’.*

As questões aduzidas naquela ocasião estão agora superadas diante dos novos elementos de prova obtidos por meio das diligências de Busca e Apreensão realizadas no dia 08.07.2008 que conferem suporte necessário ao que já se verificou pelos contatos telefônicos e telemáticos objeto de monitoramento, nos quais Humberto teria supostamente agido a mando de **Daniel Valente Dantas**, na medida em que teria sido a pessoa que efetivara contatos com autoridade policial, oferecendo-lhe vantagem indevida para 'determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício', consistente em altas somas em dinheiro e em espécie, cuja origem deve ser objeto de perquirição.

Hugo Chicaroni ao ser inquirido nos autos do IPL nº 12.0233/2008, assim declarou: 'é amigo de um ex-Desembargador chamado PEDRO ROTTA; QUE, em determinada ocasião PEDRO ROTTA apresentou ao DECLARANTE um advogado de nome MIRZA, o qual milita na cidade do Rio de Janeiro/RJ; QUE, MIRZA questionou ao DECLARANTE se o mesmo conhecia o DELEGADO QUEIROZ; QUE o DECLARANTE deu resposta positiva, afirmando que conheceu o referido Delegado QUEIROZ aproximadamente, no ano de

2003, ocasião em que o DECLARANTE apresentou à Polícia Federal, o projeto de palestras a serem ministradas; QUE, então MIRZA comentou com o DECLARANTE a respeito de notícia publicada no Jornal Folha de São Paulo sobre eventual investigação envolvendo **DANIEL DANTAS** e/ou O GRUPO OPPORTUNITY, mostrando ao DECLARANTE referida notícia (tal investigação estaria sendo presidida pelo Delegado QUEIROZ); QUE, então MIRZA perguntou ao DECLARANTE se o mesmo poderia perguntar ao Delegado QUEIROZ sobre a investigação; QUE, aproximadamente, 20 dias depois o DECLARANTE questionou o Delegado QUEIROZ a respeito do fato acima mencionado; QUE, o Delegado QUEIROZ afirmou ao DECLARANTE que 'não estava no caso', tendo indicado um Delegado chamado VITOR HUGO para presidir a investigação; QUE, então o DECLARANTE falou para o Delegado QUEIROZ que tinha sido procurado pelo GRUPO OPPORTUNITY, na pessoa do advogado MIRZA, o qual teria solicitado ao DECLARANTE que conversasse com o Delegado QUEIROZ a respeito da notícia supramencionada; (...) QUE, então, o DECLARANTE conheceu o Delegado VITOR HUGO questionando o mesmo sobre a possibilidade de que fossem passadas informações ao GRUPO OPPORTUNITY sobre a investigação envolvendo o mesmo GRUPO; QUE, o Delegado VITOR HUGO afirmou que poderia passar alguma informação, mas que não trataria com advogados, mas somente com algum executivo ligado ao GRUPO OPPORTUNITY; QUE, neste mesmo dia, o DECLARANTE entregou ao Delegado VITOR HUGO a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de 'primeiro encontro' e também pela promessa de pequenas informações; QUE, o DECLARANTE comunicou tal fato ao advogado MIRZA, salientando que o Delegado VITOR HUGO, somente conversaria com executivos do GRUPO OPPORTUNITY; QUE, então MIRZA apresentou ao DECLARANTE uma pessoa de nome HUMBERTO, executivo do GRUPO OPPORTUNITY e morador da cidade do Rio de Janeiro/RJ; QUE o declarante informa ter conhecimento que o controlador do GRUPO OPPORTUNITY é DANIEL DANTAS e que HUMBERTO estava na condição, naquele momento, representando interesses, do GRUPO OPPORTUNITY; (...) QUE, poucos dias depois o DECLARANTE marcou um jantar no Restaurante EL TRANVIA com o Delegado VITOR HUGO, ocasião em

que o executivo HUMBERTO também compareceu; QUE, nesta data, o Delegado VITOR HUGO e HUMBERTO conversaram por longo tempo, tendo sido confirmado que a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) recebida pelo Delegado VITOR HUGO foram entregues em nome do GRUPO OPPORTUNITY; QUE, na mesma ocasião o Delegado VITOR HUGO mostrou um envelope no qual continha alguns documentos referentes à investigação focada no GRUPO OPPORTUNITY; QUE, após tal fato o Delegado VITOR HUGO em (sic) HUMBERTO combinaram que o Delegado receberia a quantia de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) para passar informações da investigação supramencionada; (...) QUE, aproximadamente uma semana depois o DECLARANTE entregou ao Delegado VITOR HUGO mais R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) referentes ao acordo celebrado entre a Autoridade Policial e o executivo HUMBERTO; QUE, há aproximadamente 10 dias, algumas pessoas ligadas ao GRUPO OPPORTUNITY levaram à casa do DECLARANTE (diversas entregas) a quantia de R\$ 865.000,00 (oitocentos e sessenta e cinco mil reais), os quais deveriam ser entregues ao Delegado VITOR HUGO; QUE, o DECLARANTE gostaria de salientar que somente a quantia supramencionada foi entregue, por pessoas ligadas ao GRUPO OPPORTUNITY, sendo que o restante do dinheiro apreendido em sua residência era oriundo de serviços prestados pelo DECLARANTE à Empresa FRANGO FORTE (...)'.

Em outra declaração prestada no mesmo dia e na presença de seu advogado, Hugo Chicaroni revelou: 'QUE, em relação aos recursos que recebeu para pagamento ao Delegado VITOR HUGO informa que quem coordenou a entrega dos valores ao Declarante foi uma pessoa de nome HUMBERTO, executivo do Banco Opportunity'.

O estreito vínculo entre **Daniel Valente Dantas**, Hugo Chicaroni e Humberto Braz, se precedentemente às diligências encetadas a partir do dia 08 do corrente mês não se afigurava plenamente apto à decretação de sua custódia preventiva, neste momento ressai com clareza suficiente à reconsideração deste Juízo para o fim de determinar sua prisão preventiva diante dos elementos de prova apresentados nesta data, por meio da Representação da Polícia Federal e pela manifestação ofertada pelo Parquet Federal.

Transcreve-se, a seguir, excerto da Representação Policial ao tecer considerações acerca do dinheiro apreendido na residência de Hugo Chicaroni reforçando a hipótese de que efetivamente **Daniel Valente Dantas** era sabedor do oferecimento de propina à Polícia Federal, como segue:

'a) as interceptações telefônicas e telemáticas comprovaram, no curso da investigação, que Humberto Braz é o braço direito de Daniel Valente Dantas na organização criminosa; b) o pagamento oferecido por Humberto Braz na reunião com o signatário tinha por propósito excluir **Daniel Dantas** e seus familiares da investigação, ou seja, o beneficiado direto do crime seria Dantas, e não Chicaroni e Braz e a pergunta elementar que se deve fazer quando se investiga um crime é a quem ele aproveita; c) em telefonemas para o telefone do DPF Victor Hugo, interceptado com autorização judicial sugerida pelo próprio, Hugo Chicaroni disse, em código, que o dinheiro do pagamento já estaria em sua residência; d) sendo o homem de confiança e subordinado direto de Dantas, não é nem minimamente crível que Humberto Braz, sem o consentimento de seu chefe: d1) telefonasse ao DPF Victor Hugo propondo uma reunião, como de fato o fez, apesar de a conversa não ter sido interceptada, por ainda não ter havido autorização judicial; d2) adiantasse R\$ 50 mil a Hugo Chicaroni para que a importância fosse oferecida ao signatário como gratificação pelo primeiro contato; d3) arriscasse-e a reunir-se com o DPF Victor Hugo e propor o pagamento de um milhão de dólares para excluir Dantas e seus familiares da investigação; d4) entregasse mais R\$ 79.050,00 a Hugo Chicaroni para que adiantasse novamente ao signatário; d5) finalmente, providenciasse um milhão, duzentos e oitenta mil reais para abastecer o apartamento de Hugo Chicaroni de dinheiro a fim de que fosse posteriormente entregue ao DPF Victor Hugo.'

Na diligência de Busca e Apreensão efetivada na residência de **Daniel Valente Dantas** foi apreendido manuscrito (cuja fotografia está inserida à fl. 05 da Representação da Autoridade Policial) intitulado '*Contribuições ao CLUBE*' dando mostras de que em outra oportunidade já se valia do espúrio mecanismo de corrupção ativa, na medida em que em tal documento observam-se as expressões '*Contribuição para que um dos companheiros não fosse indiciado criminalmente*', forma de pagamento '*CASH*', no valor de R\$ 1.500.000,00 (não se sabe em qual moeda), no ano de 2004, figurando como interlocutor pessoa denominado '*Pedro*'.

Em outra folha manuscrita apreendida na residência de **Daniel Valente Dantas**, com timbre do Hotel The Waldorf Astoria, pode-se ler a anotação: '*usar o assunto da polícia p/produzir notícia e influenciar na Justiça*' (fls. 05/06), concluindo a autoridade policial, seu raciocínio no sentido de que estaria confirmada '*a produção de factóites pela quadrilha com vistas a manipular a imprensa, a fim de gerar notícias favoráveis à organização criminosa, tudo para abastecer com argumentos as inumeráveis manobras jurídicas de seus advogados*', mormente porque no curso da investigação havia sido comprovado que o investigado '*manteve pessoalmente e por meio de outras pessoas de sua organização contatos com vários jornalistas, ocasiões nas quais são discutidos o teor de matérias a serem publicadas na imprensa*' (fl. 06).

Vislumbra-se, pois, em tese, o crime de corrupção ativa supostamente perpetrado por **Daniel Valente Dantas**, Humberto José da Rocha Braz e Hugo Chicaroni, donde se conclui também pela necessidade da decretação da prisão preventiva do primeiro nominado, por afigurarse medida essencial à conveniência da instrução criminal, porquanto tudo fará para continuar obstando regular e legítima atuação estatal visando impedir a apuração de fatos criminosos.

Como já se afirmou na decisão exarada em 04.07.2008, nos autos de nº 2008.61.81.008936-1, não houve apenas oferecimento de recursos à autoridade policial, mas entrega efetiva de moeda em espécie (inicialmente R\$ 50.000,00 e depois 79.050,00 - tais quantias estão

devidamente acauteladas perante o Departamento de Polícia Federal, nos termos do Procedimento de Ação Controlada deferido por este juízo - autos nº 2008.61.81.008291-3), com a promessa de pagamento de um milhão de dólares, para contínua obtenção de informações **sigilosas e para afastar** das investigações o ora representado **Daniel Valente Dantas**, bem como Verônica Valente Dantas e outro familiar.

Vale uma vez mais, relembrar, que Hugo Chicaroni relatou no mês de junho do corrente ano à autoridade policial, no Procedimento de Ação Controlada, que '*o pagamento a ser feito por Humberto seria destinado a livrar Daniel Valente Dantas, seu filho e sua irmã da investigação e que a preocupação de Dantas seria apenas com o processo 'na primeira instância'*', uma vez que no STJ e no STF ele '*resolveria tudo com facilidade*' (fl. 29 dos autos nº 2008.61.81.008291-3), dando mostras e sinas de ousadia e zombaria sem precedentes.

Pelo monitoramento, pôde-se também perceber em diálogo mantido pela investigada Danielle Silbergleid Nimio em 27.06.2008, às 14h29m37s, com o advogado Korologos, tratativas neste sentido já que teria sido afirmado o pagamento de valores para o encerramento de todos os procedimentos administrativos, '*mas para os processos criminais fica muito mais difícil*' (cf.fls. 785/786 dos autos nº 2008.61.81008919-1), revelando que órgãos da administração pública ('*FCC brasileira*', segundo o diálogo) também teriam sido objeto de atuação ilícita.

Consigne-se, ainda, ter sido possível aferir das investigações que Hugo, por ordem do representante do GRUPO OPPORTUNITY, procurara o delegado de Polícia Federal Victor Hugo Rodrigues Alves Pereira, que integraria a equipe de investigação da '*Operação Satiagraha*' para efetivar as tratativas iniciais. Contudo, em razão deste policial federal ter afirmado que somente conversaria com o executivo do aludido Grupo, fez-se necessário o agendamento de novo encontro, mas, já naquela oportunidade, houve entrega da quantia de R\$ 50.000,00. Em outra ocasião, fez-se presente o co-investigado Humberto José da Rocha Braz em jantar com Hugo Chicaroni e o aludido Delegado de Polícia Federal, ocasião

em que foi efetivado o pagamento da quantia de R\$ 79.050,00 (cf. autos da Ação Controlada).

Tais elementos de prova, além dos acrescidos após as diligências efetivadas no dia 08.07.2008 (documentos apreendidos e versão de Hugo), nos quais Hugo, em seu depoimento prestado na Polícia Federal (acima citado), declara ter sido procurado por Wilson Mirza Abraham que o teria questionado se conheceria o Delegado Queiroz. Diante de sua afirmativa, Hugo teria efetuado contato com o referido Delegado, que teria afirmado '*que não estava no caso*', indicando que a presidência da investigação estaria a cargo do Delegado Victor Hugo. Diante desses fatos, foi dado prosseguimento às tratativas para a suposta perpetração do crime de corrupção ativa.

Todos estes elementos dão pleno suporte às conclusões de que **Daniel Valente Dantas** efetivamente teria determinado o pagamento de propina, figurando Humberto como o representante do GRUPO OPPORTUNITY para a suposta perpetração do aludido crime. Todavia, a despeito da possível participação de Wilson Mirza Abraham, neste atual estágio das investigações, não vislumbro, por ora, a certeza necessária ao acolhimento do pleito ministerial no tocante à decretação de sua Prisão Preventiva.

Ao contrário, a conduta de **Daniel Valente Dantas** afigura-se mais nítida ao se verificar que se tivessem logrado sucesso no acordo pretendido, imenso e irreparável prejuízo às investigações teria advindo notadamente levando-se em conta o objetivo de isentar pessoas das imputações que possivelmente sobre elas recaísse para atribuí-las a terceiros, sem mensurar o dano já sentido diante do vazamento e posterior publicação acerca da investigação.

Lançam-se, supostamente, mão de práticas escusas para obstruir, quando não obstar a norma e eficaz da persecução criminal. A prisão preventiva também de **Daniel Valente Dantas**, *in casu*, está justificada para conveniência da instrução penal e para assegurar a eventual aplicação da lei criminal dada a flagrante e acintosa captação de terceiros para a prática delitiva, desafiando, desse modo, o poder de controle e repressão das autoridades, revelando a

finalidade primeira e última de sua atuação espúria, com potencialidade lesiva, habitualidade atual e prospectiva de sua conduta, caso permaneça em liberdade.

Os elementos coletados até o presente momento permitem ao juízo concluir que **Daniel Valente Dantas** adota supostamente postura de extrema cautela ante as ligações telefônicas e troca de e-mail's, mas com a idéia de inoperância dos órgãos de controle, o que lhe possibilita aparentemente a persistência da prática delitiva, além de possuir considerável poder de decisão, autonomia e representação em sua esfera de atuação, tentando frustrar a persecução penal de modo que, solto, possivelmente continuaria a empreender a prática de atividades delitivas, colocando em sério risco a ordem econômica, a ordem pública, justificando, assim, a medida.

Os artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal prevêem que a custódia preventiva deve ser decretada quando, havendo prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria (pressupostos), a prisão mostrar-se necessária para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal (requisitos).

A ordem pública, associada à credibilidade que o Poder Judiciário desfruta perante a sociedade, foi também afetada pelos fatos aqui noticiados, ainda mais quando se considera que os crimes cuja averiguação se pretendia impedir têm o poder de lesar investidores em milhões de reais, com prejuízo ao Sistema Financeiro Nacional, afetando a ordem econômica.

Os fatos em exame, além de evidenciarem o desrespeito de **Daniel**, de Humberto e de Hugo para com os órgãos estatais, notadamente, a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e o Poder Judiciário Federal, afetam a credibilidade deste à medida que não se adote resposta drástica para fazer cessar a prática de atos irregulares.

Júlio Fabbrini Mirabete em suas sempre bem fundamentadas lições elucida a necessidade da prisão preventiva, como segue: '*o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria*

credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à prática delituosa. Embora seja certo que a gravidade do delito, por si, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. A simples repercussão do fato, porém, sem outras consequências, não se constitui em motivo suficiente para decretação da custódia, mas está ela justificada se o acusado dotado de periculosidade, na perseverança da prática delituosa, quando denuncia na prática do crime perversão, malvadez, cupidez e insensibilidade moral' (Código de Processo Penal Interpretado, ed. Atlas, p. 690). (grifo nosso)

A jurisprudência de nossos Tribunais, quanto ao conceito de ordem pública, tem se posicionado no seguinte sentido:

'EMENTA:

Habeas Corpus. 2. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986; Lei n. 8.137/1990 e Lei n. 9.613/1988, e art. 288 do Código penal). 3. Decreto prisional fundado nos requisitos da garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. 4. Alegação de ausência dos requisitos para decretação da prisão preventiva (CPP, art. 512). 5. Quanto à ordem pública, a jurisprudência do Tribunal se firmou no sentido de que a caracterização genérica ou a mera citação do art. 312 do CPP não são suficientes para caracterizar a ameaça à ordem pública. Preceentes: HC n. 84.680-PA, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 15.04.2005; HC n. 82.852-DF, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 05.09.2003; HC n. 82.770-RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.09.2003; HC n. 83.943-MG, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 17.09.2004; HC nº 83.641-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 17.05.2005. 6. Segundo entendimento

jurisprudencial do STF, a garantia da ordem econômica, por sua vez, funda-se não somente na magnitude da lesão causada, mas também na necessidade de se resguardar a credibilidade das instituições públicas. Precedente: HC n. 80.177-SP, Red. Para o acórdão Min. Ellen Gracie, DJ de 05.03.2004....'

(Habeas Corpus n. 85.615/RJ, 2ª Turma do E. Supremo Tribunal Federal, v.u., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 03.03.2006, p. 91) (grifo nosso)

'EMENTA: HABEAS CORPUS. QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR. ALEGADA NULIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR QUE SE APÓIA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, SUPOSTAMENTE PRATICADO, NA NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA 'CREDIBILIDADE DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA', NO CLAMOR POPULAR E NO PODER ECONÔMICO DO ACUSADO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DO PROCESSO.

*(...) O plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 80.717, fixou a tese de que o sério agravo à credibilidade das instituições públicas pode servir de fundamento idôneo para fins de decretação da prisão cautelar, considerando, sobretudo, a repercussão do caso concreto na ordem pública. O poder econômico do réu, por si só, não serve para justificar a segregação cautelar, até mesmo para não se conferir tratamento diferenciado, no ponto, às pessoas humildes em relação às mais abastadas (**caput** do art. 5º da CF). Hipótese, contudo, que não se confunde com os casos em que se comprova a intenção do acusado de fazer uso de suas posses para quebrantar a ordem pública, comprometer a eficácia do processo, dificultar a instrução criminal ou voltar a delinqüir. No caso, não se está diante de prisão derivada da privilegiada situação econômica do acusado. Trata-se, tão-somente, de impor a segregação ante o fundado receio de que o referido poder econômico se transforme em um poderoso meio de prossecução de práticas ilícitas'*

(*Habeas Corpus* nº 85298/SP, 1ª Turma do E. supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Ministro Carlos Britto, p.m., j. 29.03.2005, DJ de 04.11.2005, p. 26) (grifo nosso)

Impõe sublinhar que o juízo de valor exarado sobre as condutas do investigado vinculou-se a fatos concretos, sendo insubstancial possuir **Daniel Valente Dantas** domicílio certo e eventual vida pregressa imaculada, porquanto faz-se necessária, neste momento, sua constrição cautelar diante da aferição da presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, com fundamento nos artigos 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal, por conveniência da instrução criminal, para assegurar eventual aplicação da lei penal e também para garantias das ordens pública e econômica.

Em remate, não é possível olvidar que o requerido detém significativo poder econômico e possui contatos com o exterior, ampliando a possibilidade de evasão do território nacional, bem ainda porque poderia ocultar vestígios criminosos que ainda se esperam poder apurar, autorizando, desta feita, a decretação de Prisão Preventiva também para garantir a eventual aplicação da lei penal. Ficou claro que coragem e condições para tumultuar a persecução penal não falta ao representado.

Dê-se ciência ao Ministério Público Federal e à Autoridade Policial, ficando quaisquer destes órgãos autorizados a retirar em cartório o Mandado de Prisão Preventiva".

5. Extraio à leitura desse extenso texto --- longo por repetição, não na sua substância --- que a prisão cautelar foi inicialmente rejeitada sob o fundamento de ausência de conduta, do paciente, necessária ao estabelecimento de nexo de causalidade entre ela e os fatos imputados a Hugo Chicaroni e a Humberto José da Rocha Braz (corrupção ativa). Posteriormente, atendendo a representação da autoridade policial, secundada pela manifestação do Ministério Público Federal, o Juiz

reconsiderou a decisão anterior e decretou a prisão preventiva, acentuando a ocorrência de fatos novos.

6. Eis, em síntese, nos trechos significativos, os fundamentos da decretação dessa prisão:

Fls. 920: "pela análise dos elementos de prova existentes, podia-se entrever que todas as tratativas levadas a efeito por Humberto e Hugo perante Delegado de Polícia Federal que auxiliava nas investigações objeto [sic] das medidas assecuratórias em curso, tinham como beneficiários diretos **Daniel Valente Dantas**, Verônica Valente Dantas e outro familiar. Tal circunstância, contudo, não se afigurava suficiente a conferir a concretude necessária ao acolhimento do pedido de prisão preventiva de Daniel".

Fls. 922: "As questões aduzidas naquela ocasião estão agora superadas diante dos novos elementos de prova obtidos por meio das diligências de Busca e Apreensão realizadas no dia 08.07.2008 que conferem suporte necessário ao que já se verificou pelos contatos telefônicos e telemáticos objeto de monitoramento, nos quais Humberto teria supostamente agido a mando de **Daniel Valente Dantas**, na medida em que teria sido a pessoa que efetivara contatos com autoridade policial, oferecendo-lhe vantagem indevida para '*determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício*', consistente em altas somas em dinheiro e em espécie, cuja origem deve ser objeto de perquirição".

Fls. 924: "O estreito vínculo entre **Daniel Valente Dantas**, Hugo Chicaroni e Humberto Braz,

se precedentemente às diligências encetadas a partir do dia 08 do corrente mês não se afigurava plenamente apto à decretação de sua custódia preventiva, neste momento ressalvi com clareza suficiente à reconsideração deste Juízo para o fim de determinar sua prisão preventiva diante dos elementos de prova apresentados nesta data, por meio da Representação da Polícia Federal e pela manifestação ofertada pelo *Parquet Federal*". Fls. 925: "Na diligência de Busca e Apreensão efetivada na residência de **Daniel Valente Dantas** foi apreendido manuscrito (cuja fotografia está inserida à fl. 05 da Representação da Autoridade Policial) intitulado '*Contribuições ao CLUBE*' dando mostras de que em outra oportunidade já se valia do espúrio mecanismo de corrupção ativa, na medida em que em tal documento observam-se as expressões '*Contribuição para que um dos companheiros não fosse indiciado criminalmente*', forma de pagamento '*CASH*', no valor de R\$ 1.500.000,00 (não se sabe em qual moeda), no ano de 2004, figurando como interlocutor pessoa denominado '*Pedro*'.

Em outra folha manuscrita apreendida na residência de **Daniel Valente Dantas**, com timbre do Hotel *The Waldorf Astoria*, pode-se ler a anotação: '*usar o assunto da polícia p/produzir notícia e influenciar na Justiça*' (fls. 05/06), concluindo a autoridade policial, seu raciocínio no sentido de que estaria confirmada '*a produção de factóites pela quadrilha com vistas a manipular a imprensa a fim de gerar notícias favoráveis à organização criminosa, tudo para abastecer com argumentos as inumeráveis manobras*

jurídicas de seus advogados', mormente porque no curso da investigação havia sido comprovado que o investigado '*manteve pessoalmente e por meio de outras pessoas de sua organização contatos com vários jornalistas, ocasiões nas quais são discutidos o teor de matérias a serem publicadas na imprensa*' (fl. 06).

Vislumbra-se, pois, em tese, o crime de corrupção ativa supostamente perpetrado por **Daniel Valente Dantas**, Humberto José da Rocha Braz e Hugo Chicaroni, donde se concluir também pela necessidade da decretação da prisão preventiva do primeiro nominado, por afigurar-se medida essencial à conveniência da instrução criminal, porquanto tudo fará para continuar obstando regular e legítima atuação estatal visando impedir a apuração de fatos criminosos."

7. O Ministro Gilmar Mendes, embora reconhecendo a ocorrência desses fatos, não os considerou suficientemente relevantes para justificar a decretação da medida excepcional de cerceio da liberdade. E nem poderia tê-lo feito. Tais fatos, aos quais se refere a autoridade policial, inicialmente consistem --- repito para deixar este ponto bem vincado --- na apreensão de documentos na residência do paciente. Um deles, manuscrito datado de 2004 no qual há alusão a contribuições a autoridades, visando, **supostamente**, o não indiciamento criminal de pessoas. Daí a impossibilidade do estabelecimento de relação entre esse manuscrito, de 2004, e fatos ocorridos em meados de 2008. O outro fato novo estaria na apreensão de uma folha manuscrita na residência de **Daniel Valente Dantas**, com timbre do Hotel *The Waldorf Astoria*, no qual se pode ler a

seguinte anotação: "usar o assunto da polícia p/produzir notícia e influenciar na Justiça".

8. O Juiz da causa autorizou medidas cautelares -- quebra de sigilos telefônicos, trinta e duas buscas e apreensões etc. --- com o intuito de viabilizar a eventual instauração de ação penal. Essa medidas lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí resultar desnecessária a prisão preventiva por conveniência da instrução criminal sem que o magistrado aponte a necessidade da produção de outras provas, explicitando, de forma fundamentada, o prejuízo decorrente da liberdade do paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, consequentemente, temerária, autêntica antecipação da pena.

9. É certo, de outra banda, que a prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal fundada na situação econômica do paciente e em contatos seus no exterior não encontra ressonância na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (HCs ns. 72.358, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/95 e 86.758, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1/9/06), pena de estabelecer-se distinção entre ricos e pobres, para o bem e para o mal.

10. A custódia cautelar voltada à garantia da ordem pública não pode, igualmente, ser decretada com esteio em mera **suposição** --- vocábulo abundantemente usado na decisão que a decretou --- de que o paciente obstruirá as investigações ou continuará delinqüindo. Seria indispensável, também aí, a indicação de elementos concretos que demonstrassem, cabalmente, a necessidade da medida extrema.

11. No que concerne à preservação da ordem econômica, no decreto prisional nada se vê a justificar a prisão cautelar do paciente, que não há de suportar esse gravame por encontrar-se em situação econômica privilegiada. As conquistas de classe dos subalternos, não se as produz no plano processual penal; outras são as arenas nas quais devem ser imputadas responsabilidades aos que acumulam riqueza. Por isso não me excede ao observar que a História não é objeto de apropriação individual, ainda que os que acumulam riquezas acumulem também liberdades, fartem-se de liberdades. Ao processo de acumulação de capital corresponde o de acumulação das liberdades, mas a prisão cautelar não resultaria justificável tão só em razão disso. Aqui também se imporia a demonstração de circunstâncias expressivas de prejuízo concreto à ordem econômica.

12. Isso não bastasse, os fundamentos fáticos da prisão preventiva por conveniência da instrução criminal --- "suborno" da autoridade policial, a fim de que esta se abstivesse de investigar determinadas pessoas --- à primeira vista se confundem com os elementos constitutivos do tipo descrito no art. 333 do Código Penal (corrupção ativa).

13. Aliás, o advogado do HC n. 95.693, no qual HUMBERTO JOSÉ ROCHA BRAZ é paciente, juntou aos autos daquela impetração parecer do Subprocurador Geral da República Eduardo Antônio Dantas no qual Sua Excelência aponta a ilegalidade da prisão preventiva do paciente exatamente porque essa medida excepcional de constrição da liberdade não poderia ter como fundamento os elementos constitutivos do tipo, fazendo-se necessária a indicação de fatos concretos que justificassem a custódia

processual, fatos por ele mesmo --- o Subprocurador Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre --- não vislumbrados. Daí porque opinou no sentido da concessão da ordem no Superior Tribunal de Justiça. Note-se que os fatos são os mesmos lá e cá. Eis, no que importa, trechos dessa manifestação da Subprocuradoria Geral da República:

"6. A prisão preventiva deve ser decretada por despacho fundamentado, cabendo à autoridade judiciária, por isso, demonstrar, acima de qualquer dúvida razoável, que o fato determinante da restrição imposta à liberdade ambulatória,[sic] subsume-se a uma das situações modeladas, hipoteticamente, pela disposição inscrita no Código de Processo Penal, art. 312.

7. Tenho que não se adequam a essas previsões motivos invocados, com freqüência, pelas Primeira e Segundas Instâncias, que se encerram em fórmulas como *o clamor público provocado pelo crime, em decorrência de sua gravidade concreta ou abstrata, a necessidade de preservar a credibilidade das instituições judiciárias ou o bem jurídico pela norma incriminadora*, pois, em nenhuma delas, é possível visualizar embaraços ao resultado útil do processo, criados pelo paciente ou por alguém em seu favor.

8. Fixado este ponto, esclareço que não enxergo, no ato perpetrado pela autoridade apontada como coatora, nenhuma alusão, explícita ou implícita, à necessidade de resguardar a ordem pública, que só exsurgiria se a permanência do réu, livre e solto, pudesse ensejar o cometimento de novos delitos, com projeções danosas e prejudiciais sobre a ordem social.

09. O ato hostilizado carece de motivação convincente, também, quando se louva na participação do paciente, com eficácia causal, no delito descrito pela denúncia acostada aos autos.

10. Sim, porque a prova do crime e os indícios suficientes de autoria, que devem conjugar-se, são meros pressupostos da custódia preventiva, que, estando ligada a aspectos estritamente processuais, só deve subsistir se estiver supedaneada [sic] em um fato, imputado ao paciente, dotado de

eficiência para empecer o cabal esclarecimento do delito a ele atribuído.

11. A corrupção ativa, que conforma delito contra a Administração Pública, não se qualifica nem se torna mais grave quando detrimetosa [sic] às atividades policial e judiciária, por quanto, em ambas as situações alvitradadas, ao juiz só é lícito fazer incidir, sobre o caso submetido à sua apreciação, a causa especial de aumento de pena prevista pelo Código Penal, art. 333, parágrafo único."

"O ato hostilizado --- diz o próprio Subprocurador Geral da República --- carece de motivação convincente, também, quando se louva na participação do paciente, com eficácia causal, no delito descrito pela denúncia acostada aos autos".

14. Prisão preventiva em situações que vigorosamente não a justifiquem equivale a **antecipação** do cumprimento de pena, pena a ser no futuro eventualmente imposta, a quem a mereça, mediante sentença transitada em julgado. A afronta ao princípio da presunção de não culpabilidade, contemplado no plano constitucional, é, desde essa perspectiva, evidente.

15. Antes do trânsito em julgado da sentença condenatória a regra é a liberdade; a prisão, a exceção. Aquela cede a esta em situações excepcionais. É necessária, contudo, a demonstração de situações efetivas que justifiquem o sacrifício da liberdade individual em prol da viabilidade do processo, o que não se dá no caso sob exame. Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte em decisões colegiadas nos HCs ns. 83.516, Relator o Ministro Cesar Peluso, DJ de 23.5.08; 91.662, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 4.4.08; 88.858, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 25.4.08; 87.343, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 22.6.07; 84.071, Relator o Ministro Cezar

Peluso, DJ de 24.11.06; 88.025, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 16.2.07; 85.237, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 29.4.05. E em decisões monocráticas, nos HCs ns. 95.693-MC, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 15.8.08; 94.194-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 2.9.08; 95.886-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 2.9.08; 94.404-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 26.8.08; 91.662-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 2.5.08; 94.036, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 26.3.08 e 93.840, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 22.2.08.

16. Os fundamentos da decisão que deferiu a liminar, acrescidos dos que acabo de expor, conduziriam prontamente à concessão da ordem. Há porém ainda outros aspectos em relação aos quais pretendo manifestar-me.

17. Não vivemos ainda um tempo de guerra, um tempo sem sol, embora de quando em quando o sintamos próximo a nós. Sobretudo quando os que nos cercam assumem a responsabilidade pelo combate ao crime e aos criminosos, atribuindo a si mesmos poderes irrestritos, transformando-se em justiceiros. Milícias que em outros tempos faziam-no às escondidas agora se reúnem nas casas ao lado das nossas casas, entre nossos irmãos e amigos. Combate-se o crime com o crime, os linchamentos ocorrendo cotidianamente nas mídias.

Em outra ocasião observei que o *Estado de direito* viabiliza a preservação das práticas democráticas, instalando-se como regra que o imaginário social sustenta. Aqui e ali, no entanto, nesse ou naquele momento, no nosso tempo com azeda freqüência, o *Estado de direito* tem sido excepcionado, com o que o direito de defesa resulta sacrificado.

Pois é disso que se trata, na raiz, quando cogitamos do *Estado de direito*: direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Direito a todos assegurados pela regra do *Estado de direito*. Como regra. Por isso usufruímos a tranqüilidade que advém da segurança de sabermos que se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. Tranqüilidade que advém de sabermos que a Constituição do Brasil assegura ao nosso irmão, amigo ou parente próximo a garantia do *habeas corpus*, por conta da qual qualquer violência que os alcance, venha de onde vier, será coibida.

A regra do *Estado de direito* tem sido, no entanto, reiteradamente excepcionada entre nós. A classe média, sobretudo a classe média, já não a deseja senão para o irmão, o amigo, o parente de cada um. O individualismo que domina, o egoísmo que preside as nossas relações com o outro não quer mais saber da lei e da Justiça, que "só servem para soltar quem a polícia prende...".

O trágico que se manifesta em nosso cotidiano está em que a exceção aqui se manifesta não como algo momentâneo, singular --- como que a confirmar a regra --- mas permanente. O seu caráter temporário é diluído e ela se estende no tempo. Este é o drama que suportamos. Agora somos mais originais. Pois é a própria sociedade que clama, de quando em quando, pela suspensão da ordem constitucional. Somos tão originais que dispensamos quaisquer déspotas para nos tornarmos presa do pior dos autoritarismos, o que decorre da falta de leis e de Justiça. O estado de sítio instala-se entre nós no instante em que recusamos aos que não sejam irmãos, amigos ou

parentes o direito de defesa, combatendo-os --- aqui uso palavras de PAULO ARANTES --- como se fossem "parcelas-fora-da-Constituição".

Assim, ao abrir mão das garantias mínimas do *Estado de direito*, o que poderíamos chamar de a nossa sociedade civil submete-se a um estado de exceção permanente, prescindindo de qualquer déspota que a oprime.

18. O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é por um lado a divisão do trabalho; por outro a monopolização da tributação e da violência física¹. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada admite-se que todos cumpram as mesmas funções. Divisão de funções, não separação de poderes, qual tenho insistido em textos acadêmicos e em inúmeros votos prolatados neste Tribunal.

O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), seja através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, quanto do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).

19. O combate à criminalidade, garantia da segurança pública, inevitavelmente entra em testilhas, em certos momentos, com pretensões, legítimas ou não, de direito individual. Eis porque nos *Estados de direito* há, à disposição dos cidadãos, um Poder Judiciário independente, com a função de arbitrar esses conflitos, declarando ao indivíduo quais constrangimentos o ordenamento jurídico o obriga a suportar, quais os que se não lhe pode impor.

¹ Vide meu A ordem econômica na Constituição de 1988, 13ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, pág. 14.

Isso tem sido no entanto ignorado nos dias que correm, de sorte que alguns juízes se envolvem direta e pessoalmente com os agentes da Administração, participando do planejamento de investigações policiais que resultam em ações penais de cuja apreciação e julgamento eles mesmos serão incumbidos, superpondo os sistemas inquisitório e misto, a um tempo só recusando o sistema acusatório. Este, contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, impõe sejam delimitadas as funções concernentes à persecução penal, cabendo à Polícia investigar, ao Ministério Público acusar e ao Juiz julgar, ao passo que no sistema inquisitório essas funções são acumuladas pelo Juiz. Basta tanto para desmontar as estruturas do *Estado de direito*, disso decorrendo a supressão da jurisdição. O acusado já então não se verá face a um Juiz independente e imparcial. Terá diante de si uma parte acusadora, um inquisidor a dizer-lhe algo como "já o investiguei, colhi todas as provas, já me convenci de sua culpa, não lhe dou crédito algum, mas estou a sua disposição para que me prove que estou errado"! E isso sem sequer permitir que o acusado arrisque a sorte em ordálias...

20. Em outra ocasião detive-me sobre o tema da ética judicial², afirmando serem três, em linhas gerais, os seus cânones primordiais. A *neutralidade*, a *independência* e a *imparcialidade*.

21. - A *neutralidade* impõe que o juiz se mantenha em situação exterior ao conflito objeto da lide a ser solucionada. O juiz há de ser estranho ao conflito. Seus interesses não devem, sob nenhuma maneira, entrar em jogo no conflito que ele deve resolver. Por isso e apenas assim

² O direito posto e o direito pressuposto, 7ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2008, págs. 297 e ss.

será capaz de dizer o direito, não se engajando no conflito, mantendo-se estranho a ele.

Somente desde essa perspectiva podemos falar em *neutralidade política* de qualquer intérprete do direito, inclusive do intérprete autêntico, o juiz. Pois é certo que --- ainda que na interpretação do direito deva prevalecer a força dos princípios [são eles que dão coerência ao sistema] --- a *neutralidade política* do intérprete só existe nos livros. Na praxis do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas; que o ato de julgar consubstancia uma experiência existencial.

A *neutralidade* do juiz há de ser concebida, portanto, exclusivamente no sentido acima indicado. Mas nesse sentido se impõe, plenamente. Haverá neutralidade quando nenhum interesse do juiz estiver em jogo no conflito que lhe incumbe resolver.

Essa *neutralidade* se desdobra em *independência* e *imparcialidade*.

22. - A *independência* é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes do sistema e do governo. Permite-lhe tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo --- quando o exijam a Constituição e a lei --- mas também impopulares, que a imprensa e a opinião pública não gostariam que fossem adotadas. A vinculação do juiz à ética da legalidade algumas vezes o coloca sob forte pressão dos que supõem que todos são culpados até prova em contrário.

23. A *imparcialidade*, por fim, é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das

partes. Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da *impessoalidade*, que a impõe.

24. Perdoem-me por falar em "interesses das partes" e em "conflito" no processo penal, mas desejo vigorosamente afirmar que a independência do juiz criminal impõe sua cabal desvinculação da atividade investigatória e do combate ativo ao crime, na teoria e na prática.

O resultado dessa perversa vinculação não tarda a mostrarse, a partir dela, a pretexto de implantar-se a ordem, instalando-se pura anarquia. Dada a suposta violação da lei, nenhuma outra lei poderia ser invocada para regrar o comportamento do Estado na repressão dessa violação. Contra "bandidos" o Estado e seus agentes atuam como se bandidos fossem, à margem da lei, fazendo mossa da Constituição. E tudo com a participação do juiz, ante a crença generalizada de que qualquer violência é legítima se praticada em decorrência de uma ordem judicial. Juízes que se pretendem versados na teoria e prática do combate ao crime, juízes que arrogam a si a responsabilidade por operações policiais transformam a Constituição em um punhado de palavras bonitas rabiscadas em um pedaço de papel sem utilidade prática, como diz FERRAJOLI³. Ou em *papel pintado com tinta; uma coisa em que está indistinta a distinção entre nada e coisa nenhuma*, qual nos versos de FERNANDO PESSOA.

25. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa,

³ FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón - Teoría del garantismo penal. Trotta, Madri, 1995, p. 852.

isto é sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que se pode chamar de autêntica "devassa".

Esses mandados ordinariamente autorizem a apreensão de "moeda nacional ou estrangeira", como se sua posse fosse, por si só, ilícita. E jamais fica neles ausente o comando de que se apreenda, genericamente, computadores, nos quais tudo fica indelevelmente gravado, tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro usado contra quem se pretenda atingir. De que vale a Constituição dizer que "é inviolável o sigilo da correspondência" (art. 5º, XII) se ela, mesmo eliminada ou "*deletada*", é neles encontrada? Por fim, a ordem de apreensão de automóveis, que nada dizem com a investigação, mas ensejam espetáculo imperdível nas mídias. Ainda que privem a família do acusado da posse de bens que poderiam ser convertidos em recursos financeiros com os quais seriam eventualmente enfrentados os tempos amargos que se seguem a sua prisão. De que vale a garantia constitucional da pessoalidade da pena (art. 5º, XLV) quando esses excessos tornam-se rotineiros?

26. No HC 89.025/SP, de que fui relator para o acórdão, esta Corte execrou a possibilidade de devassa da comunicação entre cliente e advogado. O caso de que ora cogitamos evidencia porém que a prática, desgraçadamente, continua.

Vasculhada a casa, sobrevém a prisão temporária, instituto previsto em lei, a Lei n. 7.960/89, mas cuja

constitucionalidade pende de apreciação na Casa, em controle concentrado (ADI 3.360). Isso não exime contudo nenhum julgador do dever de proceder, em cada situação, ao controle difuso.

27. É óbvio o que vou dizer, mas deve ser dito: como a Constituição se sobrepõe a todo o ordenamento jurídico, a ninguém é dado produzir norma individual inconstitucional. Assim, no momento de editar a norma de decisão --- especialmente quando se tratar de decisão restritiva de direitos individuais --- é dever, do magistrado, refletir sobre sua constitucionalidade.

No julgamento do RHC n. 81.057 --- impetrado por dedicado defensor público em favor de um réu pobre, visando a discutir a questão do porte de arma sem munição --- aprendi, nos votos dos Ministros SEPÚVEDA PERTENCE e CEZAR PELUSO, que nem mesmo o amoldar-se a conduta ao tipo penal é suficiente para a condenação do acusado, devendo o julgador perquirir da *ofensividade* dessa conduta para fundamentar a *necessidade* da privação da liberdade de ir e vir. Em outros termos, o tipo deve ser lido por qualquer intérprete, especialmente pelo intérprete autêntico, no sentido de KELSEN, à luz da Constituição. O Juiz não pode limitar-se a invocar a previsão legal de prisão temporária, abstendo-se de verificar a constitucionalidade da ordem que vier a expedir.

28. Decisão memorável da Justiça paulista desenhou com precisão o papel do Juiz no processo criminal: "A mais importante missão do juiz criminal é resguardar os direitos fundamentais do cidadão frente ao poder do Estado. Ao juiz criminal cabe a função de resguardar e proteger os direitos individuais do homem diante do poder punitivo do Estado. Este o sentido desta decisão neste writ. Impedir que o

poder punitivo do Estado violenta os direitos individuais do paciente" (TACrimSP - HC 362.090, Rel. Juiz MARCO NAHUM).

29. Por isso esta Corte afirmou que o despacho que defere a prisão temporária "deve ser devidamente fundamentado" (ADI-MC 162/DF, relator o Ministro MOREIRA ALVES), com "elementos concretos e individualizados aptos a demonstrar a necessidade da prisão cautelar" (HC 91.121, Ministro GILMAR MENDES). Quando das concessões unânimes dos HCs 88.025 e 89.501 acompanhei o voto condutor do Ministro CELSO DE MELLO, no sentido de que a prisão cautelar --- aí expressamente incluída a temporária --- "somente se legitima se se comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do *status libertatis* do indiciado ou do réu. Precedentes. O **postulado constitucional da não-culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irrecorrível.** A prerrogativa jurídica da liberdade --- que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV [e, acrescentaria eu, *caput*])--- não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrар, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem".

30. O controle difuso da constitucionalidade da prisão temporária deverá ser desenvolvido perquirindo-se necessidade e indispensabilidade da medida. Daí que a primeira indagação a ser feita no curso desse controle há

de ser a seguinte: em que e no que o corpo do suspeito é necessário à investigação?

Exclua-se desde logo a afirmação de que se prende para ouvir o detido. Pois a Constituição garante a qualquer um o direito de permanecer calado (art. 5º, n. LXIII) --- e o temos afirmado aqui exaustivamente --- o que faz com que a resposta à inquirição investigatória consubstancie uma *faculdade*. Ora, não se prende alguém para que exerça uma faculdade!

Sendo a privação da liberdade a mais grave das constrições que a alguém se pode impor, é imperioso que o paciente dessa coação tenha a sua disposição alternativa de evitá-la. Se a investigação reclama a oitiva do suspeito, que a tanto se o intime e lhe sejam feitas perguntas, respondendo-as o suspeito se quiser, sem necessidade de prisão.

31. Tampouco se pode acolher a prisão para impedir que provas sejam destruídas sem que o suspeito tenha dado qualquer motivo para que se afirme essa possibilidade. Na dicção do Ministro CELSO DE MELLO, para tanto é indispensável "base empírica idônea".

32. Não falta quem diga que a prisão temporária é, às vezes, a "única punição" que o suspeito sofre. Mas prisão cautelar não é pena, de sorte que a circunstância de ter sido ela o único constrangimento por ele suportado consubstanciará prova cabal de que, não tendo sido condenado, o acusado não merecia ser punido.

33. Pior ainda é o argumento da "agilização" da investigação. Pois antes de ser ágil é preciso que ela seja legal e necessária, inexistindo qualquer outra via para o

seu curso. Há anos escrevi⁴: "A legalidade é também a possibilidade --- pelo menos a possibilidade --- (...) da efetivação dos direitos e garantias individuais: não ser arbitrariamente preso nem condenado, não ser torturado, não ter a casa invadida a qualquer hora da noite etc. Daí a observação, de ANTOINE JEAMMAUD, de que 'a dominação através do direito apresenta uma especificidade que, pensando bem, faz dela um modo de dominação preferível a qualquer outro' --- que eu complementaria afirmando que o nosso drama está em que a *legalidade* e o *procedimento legal* resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos, funcionando como as nossas derradeiras defesas, contudo, contra a perversidade e a violência". E completei, mais adiante⁵: "As alternativas diante das quais nos colocamos não permitem senão uma opção: a que privilegia o *Estado de direito*, em oposição ao privilégio do Estado autoritário". Na Aula Magna com que se despediu da cátedra de processo civil, em junho de 2005, o Professor JOSÉ IGNACIO BOTELHO DE MESQUITA, meu colega no Largo de São Francisco --- e ser seu colega, isso me honra sobremodo, isso me honra efetivamente --- denunciou "o apetite tirânico e as inclinações despóticas que informam o ideário do processo autoritário, incivil", para dizer que, graças a esse ideário, o que hoje vige é a regra de que "qualquer um pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, benefício que, após consumada a privação, lhe será integralmente concedido para que se queixe à vontade". Tratando da liberdade e de bens, a regra vale tanto para o processo civil quanto para o processo penal, em ambos os casos afrontando a Constituição.

⁴ O direito posto e o direito pressuposto, cit., pág. 155.

⁵ Idem, pág. 169.

34. Tenho criticado aqui --- e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) --- a "banalização dos 'princípios' [entre aspas] da *proporcionalidade* e da *razoabilidade*, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio' superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que *proporcionalidade* e *razoabilidade* nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito".

No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual "não há direitos absolutos". E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

35. Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da "necessária atividade persecutória do Estado", a "supremacia do interesse público sobre o individual". Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo --- não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente --- não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro ILMAR GALVÃO) que a interpretação sistemática da Constituição "leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em

detrimento do direito de acusar". Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.

36. Estou a me exceder, Senhor Presidente? Talvez. Perdoe-me, mas é o noviciado de quem nunca viu ilegalidade tão desabrida. A prisão temporária foi decretada, no caso dos autos, sem qualquer fundamento e sem representação da autoridade policial ou do Ministério Público, na ocasião em que rechaçada, pelo juiz do feito, prisão cautelar de diverso caráter (a preventiva, pedida pela autoridade policial). Note-se que entre prisão temporária e prisão preventiva não há relação de menos a mais. Uma e outra são distintas mercê de seu caráter, uma para atender necessidades da investigação, outra para a proteção da ordem pública e da instrução criminal. Vossa Excelência, substituindo-me durante o recesso, fez exatamente o que eu faria, ainda que certamente eu não lograsse revestir minha decisão de fundamentação jurídica tão densa.

Houve algumas críticas apaixonadas. Chegou-se mesmo a dizer que Vossa Excelência não poderia converter *habeas corpus* preventivo em liberatório. O que foi dito seria mais ou menos o seguinte: um cidadão bate às portas do Tribunal afirmando "tenho receio de ser preso"; quando o receio mostrar-se fundado, ele sendo efetivamente preso, o Tribunal haveria de dizer-lhe "seu pedido está prejudicado; agora o senhor não tem mais receio de nada, pois está preso; vou mandar o seu caso para o arquivo e o senhor, querendo, comece sua *via crucis* outra vez, para dar tempo a seus algozes de infligir-lhe a ilegalidade que desejam". Era isso o que pretendiam os que o criticaram? O despacho

de Vossa Excelência foi de um acerto irrepreensível. Eu não teria feito melhor, embora concluisse da mesma forma.

37. Depois veio o inimaginável: a prisão preventiva, antes expressamente afastada, acabou por ser decretada a pretexto de que, ao remexer os guardados existentes na residência do paciente, encontraram-se dois papeluchos apócrifos. Nada além do que desrespeitar a Suprema Corte por via oblíqua, como bem decidiu Vossa Excelência.

E as agressões intimidatórias a nós todos? E o gabinete de Vossa Excelência sendo invadido pela bisbilhotagem e coisas mais?

38. Querem nos intimidar e não se intimidam de mostrá-lo às claras. Não conhecem a História. Não sabem que ninguém ocupa por acaso a cadeira que foi de RIBEIRO DA COSTA. Ignoram o perfil de dignidade de Vossa Excelência. Não se dão conta de que nós, na bancada, não desonraremos a sucessão de GONÇALVES DE OLIVEIRA, de ADAUCTO, de BALEIRO e, sobretudo, de EVANDRO, HERMES e VICTOR NUNES.

As baionetas da ditadura não conseguiram vergar esta Corte. Não o logrará o discurso autoritário denunciado pelo Ministro CELSO DE MELLO. Pior do que a ditadura das fardas é a das togas, pelo crédito de que dispõem na sociedade. A nós cabe, no entanto, o dever de, exercendo com sabedoria nosso poder, impedi-la.

Pergunto novamente, Senhor Presidente: estou a me exceder? Agora respondo eu mesmo, afirmando que não. É que ainda ressoam neste plenário sábias palavras recentemente pronunciadas pelo Ministro MARCO AURÉLIO: "É hora de o Supremo emitir entendimento sobre a matéria, inibindo uma série de abusos notados na atual quadra, tornando clara, até mesmo, a concretude da lei reguladora do instituto do abuso de autoridade, considerado o processo de

responsabilidade administrativa, civil e penal, para a qual os olhos em geral têm permanecido cerrados" (HC 91.952/SP). Concedo a ordem, Senhor Presidente, nos exatos termos dos dois despachos de Vossa Excelência, que ora reafirmo e endosso. Ao fazê-lo, cumpro simultaneamente dois inarredáveis deveres de juiz deste Supremo Tribunal Federal: o de garantir os direitos de quem os pleiteia e o de afirmar a prevalência do ordenamento jurídico, a supremacia da Constituição e a autoridade suprema desta Corte.

Concedo a ordem para confirmar as medidas liminares que revogaram as prisões temporárias e preventivas, bem assim as extensões deferidas aos co-réus, inclusive ao co-réu do HC n. 95.317, apensado a estes autos, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal.