

HABEAS CORPUS 83.868 — AM

Relator: O Sr. Ministro Marco Aurélio
Relatora para o acórdão: A Sra. Ministra Ellen Gracie
Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues
Impetrantes: Luís Felipe Belmonte e outros
Coator: Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus. Art. 3º da Lei 9.613/1998. Interpretação conforme a Constituição. Verificação dos requisitos da prisão cautelar. Prisão decretada para evitar a repetição da ação criminosa. Réu com personalidade voltada para o crime. Garantia da ordem pública. Art. 312 do CPP. Primariedade e bons antecedentes não obstam a decretação da prisão preventiva. Ordem denegada. Medida cautelar revogada.

1. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, mas, sim, de interpretação conforme a Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar.

2. A prisão teve como outro fundamento – além do art. 3º da Lei 9.613/1998 – a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime.

3. A Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa.

4. Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública.

5. Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais.

Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.

6. A circunstância de o paciente ser primário e ter bons antecedentes, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312 do CPP.

7. Por isso, indefiro o *habeas corpus* e revogo a medida cautelar concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir a ordem de *habeas corpus* e revogar a liminar concedida, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 5 de março de 2009 — Ellen Gracie, Relatora para o acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na inicial de fls. 2 a 15, consta que o paciente veio a ser condenado, como incurso nos arts. 288, 318, 317, 299 combinado com o art. 304, todos do Código Penal, e art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998, às penas de 33 anos e oito meses de reclusão, multa e perda do cargo, havendo a juíza determinado a prisão imediata, apesar de registrada a primariedade. Aponta-se a inviabilidade constitucional do art. 3º da Lei 9.613/1998. Segundo o articulado, ainda que observável o dispositivo legal mencionado, impunha-se a existência de contexto que justificasse a imediata custódia. Afirma-se que o pedido de extensão de ordens concedidas a corréus teria sido indeferido a partir de visão equivocada. Em que pese a primariedade do paciente, assentou-se que seria nefasta a convivência em sociedade, ou seja, a periculosidade. São tecidas considerações sobre o princípio da não culpabilidade – inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal –, aludindo-se, sem referência ao número do processo, a voto prolatado pelo Ministro Gilmar Mendes sobre o conflito do art. 9º da Lei 9.034/1995 com a Carta da República e a necessidade de conferir-se ao art. 3º da Lei 9.613/1998 interpretação harmônica com a disciplina constitucional. A inicial aborda, ainda, as razões que conduzem a ter-se como não demonstrada a necessidade da prisão, asseverando-se que, à época da prolação da sentença condenatória, o paciente encontrava-se em liberdade. Pleiteou-se a concessão de

liminar que implicasse a expedição do alvará de soltura, vindo-se, alfim, a declarar a insubsistência da prisão. Aos autos vieram os documentos de fls. 16 a 176. À fl. 180, o Ministro Maurício Corrêa, no curso das férias coletivas de janeiro, determinou fossem solicitadas informações ao Superior Tribunal de Justiça, ante as quais apreciaria o pleito cautelar. Juntaram-se aos autos as certidões de fls. 182 a 185. À fl. 190, tem-se ofício do Superior Tribunal de Justiça mediante o qual se encaminhou o acórdão proferido no HC 29.389/AM, impetrado em benefício do paciente. À fl. 202, o Ministro Nelson Jobim, no exercício da Presidência, indeferiu a liminar, determinando a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República. A peça apresentada consigna (fl. 204):

Habeas corpus. Paciente condenado, juntamente com outros indivíduos, a cumprir em regime fechado pena de 35 (trinta e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa, como incurso nos arts. 288, 299 c/c 304, 317, 318, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade.

Alegação de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, e a princípios constitucionais, quanto à vedação ao direito de apelar em liberdade. Circunstâncias judiciais devidamente fundamentadas na r. sentença monocrática, não restando configurada a alegada violação aos princípios constitucionais invocados, em consonância com o entendimento pretoriano de que não há ofensa ao princípio da presunção de inocência, o réu, que sendo primário, é recolhido à prisão antes do trânsito em julgado, quando a sentença estiver devidamente fundamentada. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Recebi os autos para exame em 6 de fevereiro de 2004 e despachei no sentido de ouvir o Procurador-Geral da República sobre a inconstitucionalidade evocada, presente a circunstância de, na Rcl 2.391-5, em curso no Plenário, haver-se deferido liminar, não se tendo chegado, ainda, ao crivo sob tal ângulo, encontrando-se o processo com vista à ministra Ellen Gracie, após os votos proferidos por mim, como relator, e pelos ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes, relativamente ao conflito do texto legal questionado com o Diploma Maior.

À fl. 217, prolatei o seguinte despacho:

Vista ao Procurador-Geral da República

1. A espécie envolve a inconstitucionalidade de texto de lei. Sobre o tema não foi concluído o julgamento de reclamação a envolvê-lo, sendo

implementada medida acauteladora. O paciente encontra-se preso, devendo ter sequência este *habeas*.

2. Abro vista ao Procurador-Geral da República, ante a afetação do processo ao Plenário e a pecha de inconstitucionalidade atribuída ao art. 3º da Lei 9.613/1998, e sinalização, nesse sentido, de alguns votos proferidos na reclamação em curso – 2.391.

3. Imprima-se urgência na remessa.

4. Publique-se.

O Procurador-Geral da República, na peça de fls. 219 a 224, em síntese, subscreveu o parecer de fls. 204 a 212, da lavra da Subprocuradora Delza Curvello, assim resumido (fl. 221):

(...) embora sendo primário e tenha respondido ao processo em liberdade, o ora paciente foi condenado pelo Juízo da 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas a cumprir pena, em regime fechado, tendo a r. sentença, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, que não só fixa a pena-base, como também o regime de cumprimento da pena, descrito as seguintes circunstâncias: (...)

Então, fez-se ver que mesmo que o Plenário declare incidentalmente a inconstitucionalidade da Lei 9.034/1995 no julgamento da Rcl 2.391, “emprestando ao art. 3º da Lei 9.613/1998 interpretação conforme a Constituição Federal, ‘no sentido de que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente sobre a existência ou não dos requisitos para a prisão cautelar”, houve a ressalva do “entendimento no sentido de que é possível a prisão do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que fundamentada” (fl. 222). Concluiu o Procurador-Geral da República pela inexistência de constrangimento ilegal e reportou-se à decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto à concessão da ordem a outra acusada. A Corte consignou que a situação concreta de cada réu há de ser considerada e que, de qualquer forma, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região veio a informar o equívoco do Juízo ao permitir a liberdade de Maristela Santos de Araújo Lopes.

O processo voltou-me para exame em 18 de março de 2004 e nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, em 9 de abril de 2004, indicando como data de julgamento a de hoje, 14 de abril, isso objetivando a ciência do impetrante, no que lhe assiste o direito de ter conhecimento do dia do julgamento do *habeas corpus* para, querendo, providenciar distribuição de memorial e proceder à sustentação da tribuna. Assim procedi considerado o fato de que a ausência de inclusão do processo em pauta não pode implicar surpresa no julgamento, mas visa, tão somente, à celeridade processual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Na sentença prolatada, envolvendo ação penal pública plúrima, assim ficou fundamentada a ordem de prisão (fl. 124):

Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar **imediatamente** o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Elina Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues.

Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Manaus, 21 de março de 2003.

Jaiza Maria Pinto Fraxe

Juíza Federal

Percebe-se que os condenados responderam ao processo em liberdade. Surge, de início, a questão ligada à isonomia. A teor do disposto no art. 580 do Código de Processo Penal, “no caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25 – hoje art. 29), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”. O preceito tem merecido interpretação teleológica e não simplesmente literal, no tocante à alusão a recurso interposto por um dos réus. Vale dizer, alcança situação vantajosa relativa a acusado que tenha sido favorecido por ordem concedida em *habeas corpus*. Pois bem, conforme ressaltado na inicial, a corre Maristela Santos de Araújo Lopes foi beneficiada com ordem concedida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no HC 2003.01.00.008506-7/ AM, quando proclamou o redator designado para o acórdão – Juiz Cândido Ribeiro (fl. 34):

Processo penal. Paciente condenada. Direito de apelar em liberdade. Possibilidade.

I – Constitui direito do réu apelar em liberdade se, na fase do Sumário, foi-lhe concedido o benefício da liberdade provisória, salvo se ocorrer fato superveniente que justifique a prisão cautelar.

II – O argumento relativo à gravidade do crime e magnitude da lesão deve ser analisado com temperamentos, em especial, se aos demais acusados também restou assegurada a possibilidade de aguardarem soltos o exame de eventual apelo.

III – Ordem que se concede, garantindo à paciente o direito de apelar em liberdade.

Da mesma forma, concedeu-se a ordem em relação aos condenados Lindomar de Maria Dávila Lopes, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção e Maria Elina Fonseca da Silva. Então, o Relator do *habeas* anterior, vencido na assentada do julgamento, veio a adotar a óptica externada pelos componentes da Turma julgadora, ficando a ementa assim redigida (fl. 45):

Habeas corpus para apelar em liberdade – Art. 594 e art. 312 do CPP: interpretação conjunta – Ordem concedida.

1. Embora “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência” (*Súmula 9/STJ*), a jurisprudência tem caminhado no sentido de que a regra do art. 594 do CPP deve ser interpretada em conjunto com a do art. 312 do CPP. Precedentes: (STJ, RHC 8.727/SP, Rel. Min. Vicente Leal, T6, ac. un., DJ 04/09/2000, p. 194; TRF1, HC 1998.01.00.003361-5/ GO, Rel. Juiz Tourinho Neto, T3, ac. un., DJ 20/03/98, p. 257; TRF1, HC 1999.01.00.006452-4/ MG, Rel. Juiz Conv. Jamil Rosa de Jesus, T3, ac. un., DJ 18/06/99, p. 167; TRF1, HC 1998.01.00.034489-0/ GO, Rel. Juiz Cândido Ribeiro, T3, ac. un., DJ 04/09/1998, p. 114)

2. O fato de os apenados responderem a processo criminal, também, pela prática de “lavagem” de bens não tem, por si só, o condão de afastar as condições do art. 594 do CPP em face do “princípio constitucional da presunção de inocência”, quanto mais estando ausentes os demais pressupostos para a prisão processual à luz do art. 312 do CPP.

3. “(...) A gravidade do delito, a qualidade da pena, bem como a alegação de que o paciente não possui bons antecedentes criminais não se constituem, por si sós, motivos suficientes para embasar um decreto prisional. Faz-se mister a presença dos demais requisitos do art. 312 do CPP”. (TRF1, HC 1998.01.00.034489-0/GO, Rel. Juiz Cândido Ribeiro, T3, ac. un., DJ 04/09/1998, p. 114).

4. *Habeas corpus* concedido.

Pois bem, conforme depreende-se da decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça de fls. 131 e 132, o ora paciente teve, no Regional Federal da 1ª Região, indeferido o pedido de extensão de efeitos do *habeas* que beneficiou a corré Maristela Santos de Araújo Lopes. Evocou-se, é certo, no Superior Tribunal de Justiça, antecedentes, reincidência e a “personificação criminosa do acusado”, referindo-se a predicados desfavoráveis (fl. 162). Ocorre que o ato referente à prisão surgiu único, tendo em conta os diversos condenados, aludindo-se ao disposto no art. 3º da Lei 9.613/1998 e às circunstâncias judiciais que serviram à fixação das penas. Já, aqui, procede a causa de pedir. Não se está diante de títulos diversos, relativos ao recolhimento imediato à prisão, mas de parâmetros únicos e, uma vez beneficiados os outros quatro acusados, impunha-se a extensão da ordem ao ora paciente. A par disso, tem-se a problemática do início do cumprimento da pena, ou seja, o art. 3º da Lei 9.613/1998:

Art. 3º Os crimes disciplinados nesta Lei são insuscetíveis de fiança e liberdade provisória e, em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade.

Surge a inconstitucionalidade do dispositivo transcrito, no que estabelece o caráter automático da prisão quando enquadrado o caso como crime previsto nessa lei. Relativamente às circunstâncias judiciais, o contido na sentença condenatória não é suficiente, não fosse a extensão de ordem que beneficiara os corréus, a ter-se o enquadramento no art. 312 do Código de Processo Penal. Eis o consignado às fls. 119 e 120:

5) Marcus Fabrízio Monteiro Domingues

O acusado demonstrou com sua atitude considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na

população total descrédito na Instituição Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutaram os homens de bem.

O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.

Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e conseqüências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário.

As circunstâncias judiciais são as mesmas para todos os delitos, pelo que sopesando essas circunstâncias: (...)

Seguiu-se, então, a partir desse contexto, a apenação considerados os crimes dos arts. 288, 318, 317, 299 combinado com o 304, todos do Código Penal, e art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998, chegando-se à pena total de trinta e três anos e oito meses de reclusão e ao pagamento de um mil, trezentos e setenta e três dias-multa, correspondendo cada dia-multa a R\$ 10,00 (dez reais). Impôs-se a perda do cargo público. Vê-se que em momento algum se tem referência capaz, por si só, de gerar, sob o ângulo da prisão preventiva, apoio no art. 312 do Código de Processo Penal.

Concedo a ordem para afastar o recolhimento imediato do paciente, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, na reclamação, fui adiante para declarar, de forma peremptória, a inconstitucionalidade do citado artigo. Mas creio que é possível ficar-se no meio-termo, muito embora possa surgir até um paradoxo decorrente do fato de o acusado ter respondido ao processo em liberdade e, apenas, com a sentença condenatória ter sido imposta a custódia rotulada como preventiva.

Então, consideradas as duas causas de pedir, a extensão, o direito à extensão previsto no art. 580 do Código de Processo Penal e a inconstitucionalidade da

aplicação, sem temperamento, do art. 3º da Lei 9.613/1998, concedo a ordem ao paciente para que ele aguarde em liberdade a imutabilidade do decreto condenatório.

Senhor Presidente, como fiz na própria reclamação e em outros processos, também na Primeira Turma e como relator, preconizo a concessão da medida acauteladora, que, se estivesse já dirigindo o processo à época, teria implementado no campo monocrático.

A partir do que penso ser claro – a incidência do art. 580 do Código de Processo Penal – e de situação, portanto, mais favorável àquela que conduziu o Colegiado maior à concessão da medida acauteladora na reclamação, porque nela não se fez em jogo – penso, a minha memória pode estar falhando – o art. 580, proponho, aqui, a concessão da liminar.

Senhor Presidente, se o Tribunal entender suficiente essa causa de pedir, que é a ligada à isonomia, retiro, inclusive, do meu voto, o exame da inconstitucionalidade da Lei referida e, simplesmente, concedo a ordem, observando o art. 580, já que o título que revelou as prisões é único.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, com base no art. 580, também, acompanho o Ministro Marco Aurélio para conceder a cautelar.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, tenho dificuldade de aplicar princípio de isonomia quando se reconhece que as situações entre os réus não são iguais. Aliás, houve uma referência feita da tribuna – com toda a lealdade, o eminente Defensor nos informou – de que o próprio Superior Tribunal de Justiça considerara irregular, indevida, inadequada a liberação – não sei por qual instância judiciária – uma das corrés, no caso, parece-me que deva ser Maristela Santo de Araújo Lopes. O parecer do Ministério Público disse que, custodiada, desde o início, por ocorrência de fuga, ela não teve a ordem revogada dentro dos padrões legais.

Tenho dificuldade em acatar esse fundamento no qual se baseia o eminente Relator para deferir a ordem, que, portanto, denego. Mantenho, no entanto, quanto ao outro fundamento, se acaso for assim entendido pelo Tribunal, o meu pedido de vista.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, verifico, pelos termos do parecer da Dra. Delza Curvelo, que as situações não são absolutamente iguais. Ora, o princípio da isonomia se realiza na medida em que se trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Senhor Presidente, pede-se a extensão com base no princípio isonômico. Todavia, não tenho condições de analisar se há situação de igualdade ou não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): O relatório foi minucioso. Por último, eu li, inclusive, o trecho alusivo às circunstâncias judiciais.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Fiquei com grandes dúvidas. Vossa Excelência revela que se está diante de uma pessoa que participa do que se convencionou chamar de crime organizado, lavagem de dinheiro, criação de um poder paralelo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Vossa Excelência não chega à majoração da pena no julgamento do *habeas corpus*?

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Ministro, não posso majorar pena no *habeas corpus*. Vossa Excelência sabe disso, não podemos fazer isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Eu utilizei o advérbio de negação: Vossa Excelência não chega.

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Claro, não podemos fazer isso. Se Vossa Excelência deseja fazê-lo, está cometendo um equívoco. Não vamos chegar a tanto, não vamos cometer esse equívoco jurídico.

De modo que, à mingua de dados que justificariam a aplicação do princípio isonômico, denego a ordem, subscrevendo o voto da eminente Ministra Ellen Gracie.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Senhor Presidente, ouvi atentamente as intervenções dos eminentes Ministros e após as manifestações da Ministra Ellen Gracie e do Ministro Carlos Velloso, também não estou convencido de que a situação dos corréus é igual à do impetrante, do paciente.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio para discordar do ponto de vista de Sua Excelência.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, impressionou-me muito o que foi dito da tribuna pelo ilustre Advogado no sentido de que os corréus se encontravam em liberdade. Durante o debate, ficou claro que não há elementos para comparar as situações. Isso só veio a ser esclarecido em consequência do debate.

Por essa razão, também reformulo o meu voto e denego a ordem.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, não me convenci, examinado o caso, exclusivamente, sob o prisma do art. 580, que seja hipótese de extensão.

Por isso, neste ponto, denego a ordem, sem prejuízo do prosseguimento quanto ao fundamento constitucional.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Senhor Presidente, ante o pedido de vista, preconizo a concessão, como fizemos na reclamação, de medida acauteladora para que o paciente aguarde o julgamento deste *habeas corpus* em liberdade.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, estou com a sentença em mãos. Não houve decretação de preventiva: a prisão fundou-se, pura e simplesmente, no teor do art. 3º da Lei 9.613.

VOTO
(Sobre proposta)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, se o Plenário, no caso anterior, na reclamação, tomou essa atitude, aqui, sim, é o caso de simetria.

Acompanho.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Senhor Presidente, peço licença para indeferir, tal como fiz na reclamação em que se discute a constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, da leitura da individualização da pena do paciente restou-me a impressão de que se trata puramente das chamadas circunstâncias judiciais do art. 59; não consegui enxergar sinal de motivo cautelar para decretar a prisão preventiva ou para não conceder sequer o recurso em liberdade.

Por isso acompanho a proposta do Relator e defiro a cautelar.

EXTRATO DA ATA

HC 83.868/AM — Relator: Ministro Marco Aurélio. Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues. Impetrantes: Luís Felipe Belmonte dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que o deferiam para estender ao paciente os efeitos do *habeas corpus* concedido aos corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido cautelar para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus*, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, que o indeferiam. Falou pelo paciente o Dr. Luís Felipe Belmonte dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 14-4-2004.

Retificação: O Tribunal, por decisão unânime, retificou a decisão proclamada na sessão de 14-4-2004, que passa a ser: “O Tribunal, por maioria, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, relativamente ao pedido de extensão previsto no art. 580 do Código de Processo Penal, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que o deferiam; também por maioria, deferiu o pedido cautelar para que

o paciente aguarde em liberdade o julgamento do *habeas corpus*, vencidos os Ministros Carlos Velloso e Celso de Mello, que o indeferiam; em seguida, após o voto do Relator declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, pediu vista dos autos a Ministra Ellen Gracie. Falou pelo paciente o Dr. Luís Felipe Belmonte dos Santos. Ausente, justificadamente, o Ministro Nelson Jobim. Presidiu o julgamento o Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 14-4-2004. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Nelson Jobim, Vice-Presidente no exercício da Presidência.

Presidência do Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Carlos Britto. Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

Brasília, 12 de maio de 2004 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO
(Vista)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Rememoro os fatos. Cuida-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 29.389, assim ementado (fl. 193):

Habeas corpus. Sentença condenatória. Vários denunciados. Crimes de lavagem de bens e outros. Prisão decorrente da sentença. Pretensão de extensão. Direito de apelar em liberdade. Réu solto na instrução. Personificação para o crime. Art. 594 do CPP. Prisão justificada. Ordem denegada.

Os antecedentes, a reincidência e, sobretudo, a personificação criminosa do acusado são dados indispensáveis na avaliação do direito de aguardar em liberdade o recurso de apelação, quando da primeira decisão condenatória, consoante se depreende do art. 594 do CPP.

Por isso, a indicação de predicados desfavoráveis à pessoa do acusado reveste-se de medida correta no juízo de convencimento, não havendo contrariedade aos parâmetros legais se a prisão cautelar for sugerida, mesmo que o procedimento instrutório tenha-se concluído sem a promoção de qualquer ordem detentiva.

Ordem denegada.

O Plenário desta Corte, por maioria, recusou o pleito no que se refere ao pedido de extensão de medida concedida a corréus, tendo deferido a cautelar, em razão da pendência de outra causa de pedir, para que o paciente aguardasse

em liberdade o julgamento final do *writ*. Prosseguiu no julgamento para apreciação tão somente da inconstitucionalidade do art. 3º da lei 9.613/1998. Após o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, que concedia a ordem “para afastar o recolhimento imediato do paciente, declarando a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998”, pedi vista dos autos para uma melhor reflexão sobre a matéria.

Na hipótese em tela, constato que o réu foi condenado ao cumprimento de uma pena total de 35 anos e 8 meses de reclusão, cumulado com multa e perda do cargo, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 317, 318, 299 c/c 304, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998, tendo a sentença monocrática determinado a sua prisão imediata, com fundamento nas circunstâncias judiciais e no art. 3º da Lei 9.613/1998 (fl. 124).

O Ministro Marco Aurélio, Relator, entendeu pela “inconstitucionalidade do dispositivo transcrito, no que estabelece o caráter automático da prisão quando enquadrado o caso como crime previsto nessa lei”. Sustentou, ainda, que, “relativamente às circunstâncias judiciais, o contido na sentença condenatória não é suficiente (...) a ter-se o enquadramento no art. 312 do Código de Processo Penal”.

2. Situação fática

O presente *habeas corpus* foi interposto no contexto da condenação de integrantes de uma quadrilha formada para fraudar as normas regentes da Zona Franca de Manaus mediante o cometimento de diversos delitos descritos na denúncia (cf. transcrição da sentença de fl. 58 e seguintes). A atuação do bando consistia em importar, como se insumos fossem, produtos eletrônicos acabados e colocá-los no comércio com as isenções que se destinam ao fomento da Zona Franca de Manaus. Aos capitalistas, donos da empresa de fachada DM Eletrônica da Amazônia, associavam-se para viabilizar a prática criminosa servidores públicos da Alfândega de Manaus, da Suframa, da Secretaria de Fazenda do Amazonas e do Porto de Manaus. Um milhão de dólares por mês chegava a ser o valor da propina distribuída.

Após prolongada instrução em que aos réus foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, sobreveio sentença condenatória. Diz o parecer de lavra da Dra. Delza Curvelo Rocha:

(...) embora sendo primário e tendo respondido ao processo em liberdade, o ora paciente foi condenado pelo juízo da 3ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Amazonas a cumprir pena, em regime fechado, tendo a r. sentença, com observância dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, que não só fixa a pena-base, como também o regime de cumprimento da pena, descrito as seguintes circunstâncias:

5) Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues

O acusado demonstra, com sua atitude, considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, a medida em que falava abertamente sobre as negociações com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutaram os homens de bem.

O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.

Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e conseqüências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário.

As circunstâncias judiciais são as mesmas para todos os delitos, pelo que sopesando essas circunstâncias:

a) (...)

Portanto, fica Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues condenado a pena total de 35 (trinta e cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 1373 (mil trezentos e setenta e três) dias-multa, correspondendo cada dia-multa, a R\$ 10,00 (dez reais), atualizados monetariamente, na data do efetivo pagamento, segundo disposto no artigo 49 do Código Penal.

Com fulcro no art. 92, inciso I e parágrafo único, do CPB, verificando que os acusados *Maristela Santos de Araújo Lopes e Marcus*

Fabrizio Monteiro Domingues foram condenados por crimes cometidos com violação de dever para com a Administração Pública, na qualidade de servidores públicos, a penas superiores a um ano de reclusão, *declaro* a imediata perda dos cargos públicos ocupados pelos ditos acusados.

(...)

Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar imediatamente o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (presídio de segurança máxima), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Eliana Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizio Monteiro Domingues.

Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Manaus, 21 de março de 2003.

(Fls. 207/209.)

E afinal conclui a ilustre Subprocuradora-Geral:

(...) não há que se falar em constrangimento ilegal, sob a ótica da nova ordem constitucional, que consagrou o princípio da inocência previsto no art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal, e nem violação ao princípio da igualdade, em razão de a sentença não haver assegurado ao paciente o direito de apelar em liberdade, eis que restou demonstrado na decisão monocrática que não somente o ora paciente, como os demais corréus, não preenchem os requisitos legais que permitem tal prerrogativa, não havendo procedência a alegação de que a sentença fora fundamentada apenas com escopo na gravidade do delito, como afirma o impetrante às fls. 08 dos autos.

(Fls. 210/211.)

3. Princípio constitucional da presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII)

Com a devida vênia do eminente relator, tenho entendimento diverso sobre o tema, uma vez que não dou à presunção de inocência ou, mais corretamente, à presunção de não culpabilidade a extensão que lhe empresta o nobre colega.

Nem o acompanhamento na declaração de inconstitucionalidade da norma inserida no art. 3º da Lei 9.613/1998.

Com efeito, a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 1988, pois já figurava nas redações anteriores – é garantia de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado.

Todavia, a sentença condenatória que seja produzida após o devido contraditório e a ampla defesa não deixa indene tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença, por juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.

Segundo entendo, a prática da doutrina da presunção de inocência há de corresponder a um compromisso entre (1) o direito de defesa da sociedade contra os comportamentos desviantes criminalmente sancionados e (2) a salvaguarda dos cidadãos contra o todo poderoso Estado (acusador e juiz). Longe estamos, felizmente, da fórmula inversa em que ao acusado incumbia demonstrar sua inocência, fazendo prova negativa das faltas que lhe eram imputadas. Naquele tempo, nem tão distante, mas felizmente superado, o recolhimento à prisão era a regra. A simples suspeita levantada contra alguém podia levá-lo à prisão por tempo indefinido. Foi este o uso, por exemplo, na França pré-revolucionária, onde o encarceramento, mais que uma política de controle da criminalidade, servia como hábil método de coerção sobre a vontade de devedores relapsos e até mesmo de filhos rebeldes. A rica literatura da época nos oferece excelentes relatos a esse respeito.

Pois bem, é dessa situação historicamente documentada, cuja memória deve permanecer como advertência constante, que, em movimento pendular, alguns propõem que se vá até o extremo oposto. Em suma, para sustentar a inviabilidade do recolhimento à prisão, após sentença condenatória.

Ora, se a presunção de inocência é conquista democrática das mais valiosas, não há de decorrer que, da aplicação desse princípio, resulte a total inanidade da persecução criminal, a desvalia das sentenças e o absoluto desamparo da cidadania de bem ante a prática criminosas.

Entendo que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova (CF, art. 5º, LIV). O acusado deve, necessariamente, ser considerado inocente durante a instrução criminal – mesmo o réu confesso –, e, por isso mesmo, o ônus da prova recai inteiramente sobre a acusação. Não se exige do suspeito que colabore minimamente para a comprovação da veracidade das acusações que lhe são imputadas. Pode calar para ocultar fatos que lhe sejam desfavoráveis. Pode utilizar-se de todos os meios postos à sua disposição pela legislação para contrastar os elementos de prova produzidos pela acusação e mesmo para impedir o seu aproveitamento quando não obtidos por meios absolutamente ortodoxos. O Ministério Público é que deverá se encarregar de fazer a prova mais completa de materialidade, autoria e imputabilidade. Nessas circunstâncias, o país pode orgulhar-se de contar com uma legislação das mais garantidoras da liberdade e de uma prática jurisprudencial que lhe está à altura.

É, num quadro de grande rigor formal, que, uma vez sopesada a prova e considerada ela como suficiente pelo juiz de primeiro grau, tal demonstração embasará a sentença condenatória que nela deverá fundar suas conclusões, em relação necessária de causa e consequência lógica. A sentença é silogismo pelo qual se demonstra que um delito (tipo penal) foi cometido e que o foi pelo acusado, pois nesse sentido convergem as provas constantes dos autos. E sua confirmação pelo tribunal culmina por impedir qualquer rediscussão sobre questões de fato relacionadas ao caso concreto.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal para que só então se dê consequência à sentença condenatória. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória com ou sem fiança.

Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-lo nem o Superior Tribunal de Justiça e nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/1990, art. 27, § 2º). Não creio que a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça provoca na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa.

Nesta linha, vale lembrar as palavras do Ministro Francisco Rezek, na apreciação do HC 71.026:

Há países onde se pode conviver, sem conseqüências desastrosas, com a tese segundo a qual a pessoa não deveria ser presa senão depois do trânsito em julgado da decisão condenatória. São países onde o trânsito em julgado ocorre com rapidez, porque não conhecem nada semelhante à nossa espantosa e extravagante prodigalidade recursiva.

Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória, como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão a partir da sentença condenatória de primeira instância.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece o princípio da presunção de inocência como uma garantia do acusado, ao estabelecer em seu art. 6º (2) que *“qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.”* Entretanto, a Convenção faz uma clara distinção entre a situação do acusado que já foi condenado, daquele que é apenas suspeito da prática de um delito, eis que considera a condenação criminal, ainda que não definitiva, como motivo autônomo para a prisão (art. 5º, 1, a).

4. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por sua vez, “não assegura ao condenado, de modo irrestrito, o direito de recorrer em liberdade” (HC 73.151, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19-4-1996). Vejamos o seu teor:

Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos estados-partes ou pelas leis, de acordo com elas promulgadas.

(Art. 7º, n. 2.)

Vale dizer, o que a Convenção está a reafirmar é a antiga regra segundo a qual a prisão só se pode efetuar nas hipóteses autorizadas pelas constituições e na forma e nas condições estabelecidas pela legislação editada em sua conformidade. Sua redação não significa indenidade contra os efeitos de sentença condenatória proferida após instrução processual regular, em que assegurado o direito de defesa, nos termos da legislação interna de cada país.

Além do mais, o duplo grau de jurisdição não corresponde à garantia constitucional. Di-lo o Professor José Frederico Marques, citado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 72.366:

Vigora no Direito brasileiro o princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se, porém, de postulado não consagrado constitucionalmente, pelo que o legislador ordinário poderá derroga-lo em hipóteses especiais.

E mais. O Pacto de São José da Costa Rica não assegura o direito de recorrer em liberdade, mas o direito de recorrer *tour court*. E seus redatores certamente não tinham em mente a “*superabundância tipicamente brasileira de recursos superfluos*” (Ministro Francisco Rezek, no HC 72.366). Seria demasia, segundo penso, tentar interpretar o Pacto de São José à luz daquilo que o tratado não previu e que consiste em extravagância exclusiva deste país.

Leia-se o art. 25, § 1º, da Convenção:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes que a proteja contra atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Quando a Convenção, nesse artigo, fala em recurso simples e rápido, não está a significar apelação ou acesso ao segundo grau de jurisdição. O termo recurso, aí empregado, remete à possibilidade, meio ou modo de obter-se remédio pronto contra prisão ilegal. Por isso mesmo, faz destinatários da súplica os juízes e os tribunais competentes, atento às diferentes formas de organização judiciária. Em suma, a garantia posta em tal artigo encontra-se incluída no conteúdo do inciso LXII do art. 5º da Constituição Federal:

A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente (...)

É mais ampla a proteção pela Constituição Federal. Ela obriga a própria autoridade a submeter a prisão ao crivo do juiz competente. A não ser que se pretenda tomar literalmente uma versão deficiente como a letra definitiva da Convenção, é forçoso reconhecer que também ali não foi consagrado como garantia inarredável o duplo grau de jurisdição. Recurso, na redação do art. 25, § 1º, da Convenção não significa manifestação de inconformidade contra uma decisão judicial.

5. Princípio da proporcionalidade

Outrossim, não vejo afronta ao princípio da proporcionalidade, porque essa norma, como é sabido, é uma via de mão dupla. Ao mesmo tempo em que proíbe o excesso, proíbe, também, a insuficiência.

De fato, a noção de proporcionalidade, na seara penal, não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos praticados por terceiros. Ou seja, um lado a proibição do excesso. De outra banda, a proibição da insuficiência. Não vejo excesso nenhum quando o legislador torna eficaz, enquanto não modificada, uma sentença condenatória. Ele parte da presunção de que a condenação foi acertada. Não seria razoável partir da presunção de que ela é sempre desacertada.

Afetado estaria o referido princípio se aceitássemos que alguém possa ser privado da liberdade no curso do processo quando não há certeza formada sobre materialidade e autoria (CPP, art. 312), mas não pudesse sê-lo após a sentença condenatória, quando, ao invés de presunção, já existe juízo de certeza.

Ademais, frágil me parece, com a vênia devida, a tese de que as formas diferentes de execução de uma sentença civil proferida contra devedor inadimplente e de uma sentença penal proferida contra sujeito ativo de crimes contra a administração pública e de lavagem de dinheiro possam comprometer o princípio da proporcionalidade na esfera penal, apenas porque constituem tratamento normativo desigual. Os bens jurídicos tutelados são diversos e diversas, portanto, as formas de execução.

Ressalto, ainda, que enquanto a condenação não for mantida pelo segundo grau de jurisdição, o condenado não ingressa no regime prisional. Aguarda, em presídio próprio, a definitividade da condenação. Só depois da carta de guia é que inicia o cumprimento da pena no regime prisional que foi estabelecido pela sentença condenatória. Não se cuida, portanto, de antecipação da pena, mas de prisão provisória, decorrente de uma condenação, enquanto se aguarda a sua confirmação, ou não, pela instância competente, ou seja, o segundo grau de jurisdição, dado que os recursos especiais ou extraordinários não se prestam ao reexame da prova, como é sabido.

6. Conclusão

Por tais razões, peço vênia ao eminente relator para dele divergir. Entendo não ser caso de inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.613/1998, mas, sim, de interpretação conforme à Constituição, para se interpretar que o juiz decidirá, fundamentadamente, se o réu poderá, ou não, apelar em liberdade, verificando se estão presentes, ou não, os requisitos da prisão cautelar, conforme já se manifestou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento da Rcl 2.391/PR.

Ultrapassada tal questão, observo que, ainda assim, o caso não comportaria concessão da ordem.

Na presente hipótese, o paciente foi condenado ao cumprimento de uma pena total de 35 anos e 8 meses de reclusão, cumulado com multa e perda do cargo, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 288, 317, 318, 299 c/c art. 304, todos do Código Penal, e art. 1º, V, da Lei 9.613/1998.

Ao prolatar a sentença condenatória, a Magistrada de primeiro grau assentou as seguintes circunstâncias relacionadas ao paciente:

O acusado demonstra com sua atitude, considerável grau de reprovabilidade social, sobretudo pelo fato de, na qualidade de cidadão brasileiro, auxiliar particulares a criar um estado paralelo voltado para o crime organizado e a lavagem de dinheiro sujo. Facilitou o contrabando e desafiou o modelo Zona Franca de Manaus, estimulando a corrupção e entregando os poderes públicos nas mãos de pessoas inescrupulosas. Atentou contra os fundamentos da República Federativa do Brasil, insertos na Constituição Federal, em especial, a soberania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Promoveu a concorrência desleal entre setores da indústria e comércio nacional. Incentivou a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociações com os responsáveis pela empresa DM. Demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros. Contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária. Jamais colaborou com a Justiça e a Polícia, durante as investigações e instrução processual. Demonstrou personalidade construída para o crime. Jamais expressou arrependimento pelas condutas criminosas, demonstrando com isso, que não pode estar no convívio social do qual desfrutaram os homens de bem.

O acusado não pode ser considerado como aqueles que, não raras vezes, são simplesmente usados pelos grandes contrabandistas, na medida em que os autos dão conta de que ele sabia o que fazia e assim agia frequentemente, auxiliando e até mesmo orientando para os mecanismos de entrada irregular de mercadoria estrangeira em território nacional.

Os motivos que lançaram o acusado à delinquência são marcadamente egoísticos, voltados para a obtenção de lucro fácil, traço dos mais característicos daqueles que abraçam profissionalmente o crime. Assim, as circunstâncias e conseqüências de sua conduta lhe são desfavoráveis. O acusado, por outro lado, é tecnicamente primário”.

Diante de tais circunstâncias e do disposto no art. 3º da Lei 9.613/1998 a Juíza sentenciante determinou a prisão do paciente, nos seguintes termos:

Tendo em vista que os acusados foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar imediatamente

o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (presídio de segurança máxima), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expeçam-se mandados de prisão em face dos condenados Maria Eliana Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues.

Ao trânsito em julgado, lancem-se os nomes dos condenados no rol de culpados.

Custas pelos condenados.

P.R.I.

Manaus, 21 de março de 2003.

Oportuno destacar o seguinte trecho da sentença de fls. 58/124:

Hoje, entretanto, a Zona Franca assiste ao desenrolar da maior fraude que a sua história já pôde sofrer: a maquiagem nas importações.

O crime em questão vem causando grande impacto social, econômico, político, cultural e jurídico no Brasil e em outros países.

A subtração de empregos para brasileiros, a exploração do trabalho escravo em outras nações, a sonegação de impostos, as negociatas entre empresários e fiscais, a crença na impunidade e o desrespeito à justiça e à soberania nacional marcaram este escandaloso ilícito de proporções internacionais.

(Fl. 82.)

Em relação ao paciente, a Magistrada federal asseverou o seguinte:

O acusado Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues é técnico da Receita Federal, sendo sua participação na organização criminosa bastante ativa. Agia, revelando à acusada Lili as rotas de fiscalização que estavam na rua, orientando-a sobre os procedimentos relativos à documentação e à carga, gozando, ainda, juntamente com outros auditores da Receita Federal, também acusados pelos mesmos crimes em processo que foi deste desmembrado, de extrema confiança por parte da acusada Maria Elina para o recebimento de "propina".

Juntamente com a acusada Maristela, este acusado "montou" um esquema para impedir a descoberta do contrabando, ou seja, aquela

antecipava-se à operação, lacrando o container e depois este ficava a cargo do acusado que providenciava seu acobertamento.

(Fls. 100/101.)

Deste modo, verifico que a prisão teve como outro fundamento – além do art. 3º da Lei 9.613/1998 – a necessidade de garantia da ordem pública, não só diante da gravidade dos delitos praticados, mas também em razão da personalidade do paciente voltada para o crime.

Além de revogar expressamente o art. 594 do Código de Processo Penal, a Lei 11.719, de 20 de junho de 2008 introduziu o parágrafo único ao art. 387 do CPP, *in verbis*:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

(...)

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

Portanto, no momento da sentença, poderá o juiz decretar a prisão preventiva do réu, quando a medida se mostrar necessária e observada a devida fundamentação.

No caso em tela, a Magistrada sentenciante além de destacar a gravidade dos delitos praticados – eis que, segundo a denúncia, o valor das importações fraudulentas atingia 10 milhões de dólares por mês –, ressaltou a ativa participação do paciente na organização criminosa, tendo o mesmo incentivado “a crença na impunidade, na medida em que falava abertamente sobre as negociatas com os responsáveis pela empresa DM”. Além disso, “demonstrou completa falta de decoro para com o cargo que exercia, utilizando constantemente expressões promíscuas e imorais em diálogos com despachantes aduaneiros” e “contribuiu enormemente para afetar a imagem do cargo de técnico do tesouro nacional (atual técnico da Receita Federal), dado que utilizou o cargo para fins ilícitos, causando na população total descrédito na Instituição Alfandegária”.

Diante das provas colhidas nos autos, concluiu a Juíza de primeiro grau que o paciente “demonstrou personalidade construída para o crime” e, em razão disso, “não pode estar no convívio social do qual desfrutaram os homens de bem”.

Assim, nos termos do parágrafo único do art. 387 do Código de Processo Penal, a Magistrada, no momento da prolação da sentença, fundamentou suficientemente a necessidade de decretação da prisão do paciente, não só diante da gravidade dos crimes praticados e da repercussão destes, mas, igualmente, para evitar a repetição da ação criminosa.

Tais fundamentos encontram amparo no art. 312 do Código de Processo Penal, que autoriza a prisão cautelar para garantia da ordem pública.

Nesse ponto, oportuno mencionar que a maioria dos países europeus admite a decretação da prisão cautelar para evitar a reiteração criminosa. A Alemanha prevê como um dos fundamentos para a prisão provisória o risco de reiteração da conduta (*die wiederholungsgefahr*: § 112, *a*, StPO). Portugal, no art. 204, *c*, do Código de Processo Penal, admite a prisão preventiva na hipótese de “perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa”.

Com efeito, há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso à prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.

Como já decidiu esta Corte, “a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos” (HC 84.658/PE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 3-6-2005), além de se caracterizar “pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação” (HC 90.398/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 18-5-2007). Outrossim, “a garantia da ordem pública é representada pelo imperativo de se impedir a reiteração das práticas criminosas, como se verifica no caso sob julgamento. A garantia da ordem pública se revela, ainda, na necessidade de se assegurar a credibilidade das instituições públicas quanto à visibilidade e transparência de políticas públicas de persecução criminal” (HC 98.143, de minha relatoria, DJ de 27-6-2008).

Por outro lado, a circunstância de o paciente ser primário e ter bons antecedentes, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP (HC 83.148/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 2-9-2005).

Por isso, **indefiro** o *habeas corpus* e **revogo** a medida cautelar concedida.

É como voto.

VOTO (Confirmação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Presidente, como Relator, prolatei voto, em 2004, neste caso. As premissas versadas já não são da lembrança dos integrantes do Colegiado.

As tintas, quanto à fraude, realmente são fortes, não bastasse a circunstância de sabermos que a mão criminal federal é um tanto quanto pesada. Daí a pena a que se chegou, no caso de fraude, de 33 anos. Qual foi o fundamento lançado para ter-se o que seria a preventiva, mas que transparece, iniludivelmente, como execução temporã, precoce, açodada da pena?

Tendo em vista [estou lendo o ato e não posso suplementá-lo, muito menos levando em conta algo que diz respeito à dosimetria da pena, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal] que os acusados foram condenados [responderam o processo em liberdade] pelo crime de lavagem e a teor do art. 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar [e vem o advérbio de modo] imediatamente o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Expecam-se mandados de prisão em face dos condenados [e aí tivemos o rol de condenados] Maria Elina Fonseca da Silva, Frederico Ribeiro Mira de Assumpção, Lindomar de Maria Dávila Lopes, Maristela Santo de Araújo Lopes e Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues.

Pois bem, o título relativo à preventiva na ação plúrima é único, e quatro condenados foram beneficiados pela concessão de ordem em *habeas corpus*.

Nós, eu e Vossa Excelência, votamos no sentido de observar o art. 580 do Código de Processo Penal, de implementar a extensão, tendo em conta o paciente, mas esse entendimento foi refutado na sessão de 14 de abril de 2004, com ratificação do que decidido na sessão do dia 12 de maio subsequente.

Mas indago: o que se contém nesse trecho que li, a revelar o ato de constrição, a alcançar a liberdade de ir e vir sem culpa formada? Enquadra-se no art. 312 do Código de Processo Penal? Para mim, não. Para mim, a alusão ao art. 3º da Lei 9.613/1998, que versa uma prisão automática, não é respaldo para a preventiva nem muito menos, repito, as circunstâncias judiciais que foram consideradas na apenação. O Direito Penal não comporta o *bis in idem*, a sobreposição. Daí ter votado no sentido do deferimento da ordem. Que se aguarde o trânsito em julgado do título condenatório para ter-se o que a prolatora da decisão vislumbrou, ou seja, a imediata prisão em regime fechado para cumprimento da pena dos condenados. Aqui devo me corrigir porque não há o envolvimento de condenados – quatro deles já foram beneficiados por concessão de ordem pelo Primeiro Regional Federal – mas de condenado, que era servidor público e essa condição foi considerada para chegar-se à pena-base em quantitativo superior ao mínimo previsto para o tipo.

Em última análise, Presidente, estamos a nos defrontar, mais uma vez, com a prisão automática, considerado o art. 3º da Lei 9.613/1998, no que transparece

inconstitucional ante a contrariedade não só ao princípio da não culpabilidade, como também porque adita a própria Carta da República. Se verificarmos o rol das garantias constitucionais, vamos notar que a explicitação para colar-se a determinada prática criminosa o caráter de inafiançável e de insuscetível de graça ou anistia ficou balizada, e esse preceito é taxativo, não há campo para o legislador ordinário incluir outras situações jurídicas. O inciso XLIII do art. 5º consigna expressamente:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, [não é o caso] o tráfico ilícito de entorpecentes [também não é o caso] e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, (...)

A fraude envolvida na espécie ainda não foi rotulada como crime hediondo. Por isso mantenho o voto, Presidente, ressaltando, mais uma vez, a necessidade de se adotar até mesmo – e o julgamento ainda está aberto, não tendo havido a proclamação final – tratamento igualitário. Os demais corrêus, repito, foram beneficiados com concessão de ordem pelo Primeiro Regional Federal e, ao que tudo indica, o paciente não o foi ante a qualificação possuída – servidor público – e a gravidade da prática própria a ser levada em conta no julgamento da ação penal.

DEBATE

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Senhores Ministros, vou tentar organizar as questões. Acho que poderíamos analisar o caso sob o seguinte ponto de vista: temos o texto da decisão que foi relido não apenas pelo eminente Relator, mas também já o tinha sido, outra vez, pela Ministra Ellen Gracie, que notava o seguinte:

Tendo em vista que os acusados [todos os cinco] foram condenados pelo crime de lavagem e a teor do artigo 3º da Lei 9.613/1998, deverão iniciar **imediatamente** o regime de cumprimento da pena na modalidade fechada (**presídio de segurança máxima**), estando todos insuscetíveis de liberdade provisória ou fiança, por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

Este é o título da prisão.

Então, o que se propõe aqui, Senhores Ministros, é que, dentro da circunstância de que a Corte já declarou a inconstitucionalidade de norma semelhante, que é a do art. 9º da Lei 9.034/1995, e já deu interpretação conforme o art. 3º da Lei 9.613 para ajustá-la ao art. 312, no sentido de que simplesmente permite que, nesses casos, o juiz, se está presente uma das causas legais de prisão preventiva, pode decretá-la na sentença.

É preciso ver, pois, se, no caso concreto, temos decretação de prisão preventiva fundamentada, ou se temos prisão decorrente da pura e simples aplicação textual do art. 3º da Lei 9.613.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Presidente, creio que a pergunta de Vossa Excelência – muito adequada – encontra resposta no próprio dispositivo da sentença, que Vossa Excelência acaba de ler, em que a eminente Magistrada faz remessa ao que mais ela já havia dito no corpo de sua decisão, que é longa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): As circunstâncias judiciais.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Exato.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): As circunstâncias judiciais. Ela diz textualmente:

(...) por todas as circunstâncias judiciais referidas nesta sentença e por expressa previsão legal.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não só a expressa previsão legal, que seria o art. 3º, mas também por todas as outras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): A minha premissa é única.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O que o Tribunal tem de apreciar é se ela levou em conta alguma das causas do art. 312, ou se apenas considerou circunstâncias judiciais de fixação da pena e que são objeto do art. 59. Não tem nada a ver com o art. 312. Essa é a questão factual que está proposta.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, ouvi com atenção o voto do eminente Ministro **Marco Aurélio**, reiterado agora, e a posição que Vossa Excelência manifestou, encaminhando a votação. Mas vou pedir vênias ao Ministro **Marco Aurélio** e ao eminente Ministro **Cezar Peluso**, que nos preside, para acompanhar o voto da Ministra **Ellen Gracie**.

Eu entendo que, no caso, independentemente da questão de dizer da inconstitucionalidade deste art. 3º, e, a meu ver, não encontra essa inconstitucionalidade tão evidente, sendo compatível até mesmo com uma interpretação conforme, entendo que a prisão está largamente fundamentada.

Por essas razões, também indefiro a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, também peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e a Vossa Excelência, mas acompanho a divergência iniciada pela eminente Ministra Ellen Gracie, uma vez que, como ela demonstrou, há a fundamentação também baseada nas circunstâncias que ela agora reitera.

Por isso, sigo também com o Ministro Menezes Direito a divergência por ela iniciada, negando a ordem.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Ministra, eu ainda não votei, Vossa Excelência não está me acompanhando?

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É que Vossa Excelência pontuou numa direção...

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Não, eu não votei ainda.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: De todo jeito, então, eu vou pedir vênias apenas ao Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, peço vênia à eminente Ministra Ellen Gracie e aos Colegas que a seguiram e acompanho o nobre Relator.

Observo inicialmente que o réu é primário, respondeu solto a toda instrução criminal; a decisão que determinou a prisão fez basicamente alusão ao art. 3º da Lei 9.613. Este Plenário decidiu recentemente que não se admite uma prisão *ex lege*. A remissão às circunstâncias judiciais não me impressionam, porque realmente não é possível que se tenha um *bis in idem*, pois as circunstâncias judiciais são utilizadas para fixação da pena, e a determinação da prisão após a condenação, como decidimos aqui em Plenário, recentemente, só se mostra possível se atendidos os requisitos do art. 312. Ademais, o paciente está solto desde 2004, juntamente com os demais.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Porque, naquela assentada, muito embora o Tribunal tenha refutado a extensão, implementou cautelar para ser expedido o alvará de soltura.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E todos os demais estão soltos. Portanto, não me parece de todo razoável que agora, depois de mais de quatro anos solto, ele se recolha à prisão.

Assim, Senhor Presidente, acompanho o Relator, concedendo a ordem, *data venia*.

VOTO (Aditamento)

O Sr. Ministro Menezes Direito: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permitiria uma observação, apenas para deixar claro que em nenhum momento o voto que acabo de proferir contradita a decisão do Plenário naquela outra questão que foi julgada.

É preciso ficar bem claro isto para que não haja uma interpretação equívoca.

Estou aqui examinando uma outra questão e estou sublinhando o voto da Ministra Ellen Gracie no tocante aos fundamentos que foram apresentados na prisão preventiva decretada pelo eminente Juiz, que entendo adequadamente fundamentada.

Portanto, o meu voto não tem nenhuma contradição ou contrariedade com manifestação anterior do Plenário, sabendo a Corte que eu, religiosamente, sublinho sempre a necessidade de manter coerência com o que foi decidido pelo Plenário.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, acompanhei todo o voto da Ministra Ellen Gracie, vou pedir vênias a ela, ao Ministro Menezes Direito e à Ministra Cármen Lúcia para acompanhar o Relator, por todas as razões que já foram observadas, mas, sobretudo, em função do juízo que já se fez sobre o art. 3º da Lei 9.613.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, nas discussões ocorridas por ocasião do julgamento da Rcl 2.391, eu me filiei à corrente que julgava constitucional, sob reserva de interpretação, o art. 3º da Lei 9.613, isto é, desde que o juiz, na hipótese de sentença condenatória, fundamente de forma explícita

sobre a existência ou não dos requisitos indispensáveis à decretação da prisão cautelar. Mantenho esse entendimento.

No caso, creio que esses requisitos estão sobeja e abundantemente expostos de forma concreta na sentença condenatória, que, ao examinar e remeter às circunstâncias judiciais do art. 59, explícita, de maneira convincente, as razões pelas quais a ordem pública se veria preservada com a prisão cautelar deste paciente. Estou plenamente convencido disto.

Peço vênia aos que pensam de maneira contrária e acompanho a divergência aberta pela Ministra Ellen Gracie.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também usando o mesmo critério de análise do Ministro Carlos Alberto Direito, quando Sua Excelência deixou bem claro que está apreciando tão somente se a decisão da magistrada de primeiro grau está fundamentada a ponto de justificar a prisão do paciente, entendo que a decisão está fundamentada. Como disse o Ministro Joaquim Barbosa, sobejamente fundamentada.

Salta aos olhos que o fundamento dessa decisão, embora não explicitado, é a ordem pública. É um servidor público que, ao que tudo indica, fazia de sua caneta um pé-de-cabra, um desvio de conduta que exige dos órgãos judicantes uma pronta e severa reação. Permitam-me a metáfora dura, mas, diante de um servidor público que trai a sua função, penso que a nossa resposta tem de ser mesmo contundente.

No caso, a fundamentação me convence e ela não é outra senão a necessidade de acautelamento do meio social, que, como temos decidido na Primeira Turma, está imbricada, está referida, esta necessidade de acautelamento do meio social, à preservação da ordem pública.

Aqui, a Juíza deixa claro que o modo de execução do crime, embora já seja outra coisa, para fundamentar a pena, mas as coisas estão imbricadas. Estou vendo aqui requisitos, circunstâncias judiciais concretas justificadoras da fixação da pena e justificadoras também da prisão, inobstante a apelação que se encontra em trâmite.

A Juíza deixa claro que o modo de execução do crime é nitidamente revelador de uma personalidade afeita à delitividade ou à delituosidade, vale dizer, o agente fazia da delituosidade um estilo de vida, um modo de ser. Mas não é só isso.

A Juíza também deixa claro que o modo de execução do crime, revelador, portanto, dessa personalidade atrevidamente desafiadora das instituições – até

porque a Juíza também revelava que ele propalava isso, debochava –, desafiadora da seriedade das instituições, descambaria, se não encontrasse resposta judiciária pronta, para uma situação de descrédito das instituições, notadamente da própria Justiça, da própria Justiça. Vale dizer, grassaria ou irromperia uma sensação de impunidade que terminaria por instabilizar as instituições. Por que eu digo instabilizar as instituições? Porque, prosseguindo numa tarefa analítica que me foi proposta pelo Ministro Carlos Alberto Direito de buscar elementos conceituais desse fundamento da prisão cautelar, que o Código de Processo Penal, pelo seu art. 312, chama de “ordem pública”, eu encontro uma referência na Constituição muito interessante de ordem pública, referida a necessidade de preservação da credibilidade das instituições, ou, pelo menos, da estabilidade das instituições. É o art. 136, a propósito do estado de defesa, faz uma associação muito interessante entre esse bem jurídico da ordem pública com o bem jurídico da paz social, dizendo o seguinte:

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas [uma e outra] por grave e iminente instabilidade institucional (...)

É a primeira parte do dispositivo. Ou seja, quando sobrevém um estado concreto de instabilidade institucional, o que se coloca em risco, imediatamente, é a ordem pública, associadamente à paz social, segundo a Constituição. E a Juíza deixou isso clarissimamente posto.

Então, embora Sua Excelência não falasse, às expensas, de ordem pública, ressaí da fundamentação do seu decisório que o bem jurídico a preservar, quanto à necessidade de prisão, de recolhimento do então condenado à prisão, era de preservação da ordem pública, que é um dos quatro explícitos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nessa medida, se ficarmos adstritos ao exame da fundamentação da sentença na perspectiva da necessidade da prisão, eu acompanho a eminente Ministra Ellen Gracie, com o crivo metodológico que foi impresso nessa discussão pelo Ministro Carlos Alberto Direito. Entendo fundamentada a decisão e, por isso, acompanho a eminente Ministra Ellen Gracie, que cassa a liminar e denega o *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia à divergência e acompanho o eminente Relator, por vários motivos.

Em primeiro lugar, à luz do texto do capítulo decisório que decretou a prisão, não consigo encontrar fundamentação de prisão preventiva. O que me parece a respeito é que precisa o Tribunal fazer notável esforço para, no *habeas corpus*, reconstruir ou construir o fundamento da prisão preventiva. Não há, na decisão, nenhuma referência textual à prisão preventiva. Mas, supondo-se que a houvesse, esses fundamentos corresponderiam ao considerável grau de reprovabilidade social – é textual a sentença –, que o Tribunal, em definitivo, não reputa como motivo para a preventiva; e, à completa falta de decoro, isto é, condições de personalidade etc., que também não é causa legal da prisão.

O que me pareceria poder ter sido, mas não foi invocado, seria a referência de que os acusados comporiam uma organização criminosa, mas isso é destruído por dois motivos: primeiro, porque o próprio Tribunal Regional concedeu *habeas corpus* para os outros quatro; portanto, não considerou a existência dessa organização que pusesse em risco a ordem pública; segundo lugar, a ordem pública não se confunde com ruptura da paz social. Por quê? Porque todo crime, como tal, põe em risco a paz social e, por isso, é objeto da reação máxima ou da reprovabilidade máxima do Direito Penal. Noutras palavras, se os crimes cometidos puseram em risco a paz social, puseram-no como todos os outros crimes costumam fazer. De modo que este, a meu ver, se fosse o caso de preventiva, não poderia ser equiparado ao de ordem pública.

Por essas razões, e considerando que não me parece justificada a referência à ordem pública e à organização criminosa, sobretudo quando os outros membros da suposta organização foram postos em liberdade pela instância local, concedo a ordem.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Presidente, só quero fazer uma distinção, se Vossa Excelência me permitir.

O bem jurídico chamado de “ordem pública” pela Constituição faz parte de outro bem jurídico maior, outro valor continente chamado “segurança pública”. Isso está expresso no art. 144 da Constituição: a segurança pública se volta para a preservação da ordem pública – primeiro elemento conceitual – e da incolumidade dos bens e do patrimônio. Então, dissocio ordem pública de paz social, para deixar isso bem claro. Porque a Constituição, no art. 136, faz a junção

desses dois valores, ordem pública e bem social, mas eu os separo, para o efeito de julgamento dos nossos *habeas corpus* ou das nossas ações penais originárias, porque a ordem pública é referida em outro momento da Constituição que é exatamente esse valor coletivo chamado “segurança pública”. Só para fazer essa distinção conceitual.

EXTRATO DA ATA

HC 83.868/AM — Relator: Ministro Marco Aurélio. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Marcus Fabrizzio Monteiro Domingues. Impetrantes: Luís Felipe Belmonte dos Santos e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Renovado o pedido de vista da Ministra Ellen Gracie, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17-6-2004.

Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu a ordem de *habeas corpus* e revogou a liminar concedida, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cezar Peluso. Lavrará o acórdão a Ministra Ellen Gracie. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e Celso de Mello. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 5 de março de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.