

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 142.173 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : BRUNO PAPAI DINIZ
IMPTE.(S) : MIRIAM PIOLLA
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus. 2. Tráfico e associação para o tráfico ilícito de entorpecentes. Condenação. 3. Paciente que respondeu solto a quase toda a instrução criminal. 4. Sentença condenatória. Segregação cautelar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime. 5. Ausência de fundamentação idônea. Decisão contrária à jurisprudência dominante desta Corte. Constrangimento ilegal verificado. 6. Ordem concedida para que o paciente possa aguardar em liberdade o julgamento de seu apelo, se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conceder a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de maio de 2017.

Ministro **GILMAR MENDES**
Presidente e Relator
Documento assinado digitalmente

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 142.173 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
PACTE.(S) : **BRUNO PAPAÍ DINIZ**
IMPTE.(S) : **MIRIAM PIOLLA**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, impetrado por Miriam Piolla, em favor de Bruno Papai Diniz, contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que negou provimento ao Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 67.308/SP.

Segundo os autos, em 5 de abril de 2011, o paciente e mais dois agentes foram presos em flagrante pela prática, em tese, dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, pois foram surpreendidos por policiais civis quando mantinham em depósito quase 8 quilos de maconha, 102 invólucros plásticos contendo *crack*, 20 tubetes contendo cocaína, além de embalagens e utensílios para manusear o entorpecente.

A prisão em flagrante foi convertida em custódia preventiva.

Em 4 de outubro de 2011, acolhendo manifestação do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP revogou a prisão preventiva dos acusados, considerando que os réus estavam presos há mais de seis meses e que a instrução criminal ainda iria prolongar-se no tempo em razão de diligências requeridas pela acusação.

Após regular instrução criminal, o paciente foi condenado pela prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico de drogas), à pena de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado, tendo sido negado o recurso

HC 142173 / SP

em liberdade, decretando-se sua prisão preventiva e expedindo-se mandado de prisão em seu desfavor (decisão de 10 de setembro de 2015).

A defesa, então, impetrou *habeas corpus* ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) requerendo, em síntese, que o paciente possa recorrer da sentença condenatória em liberdade, em razão de o sentenciado ter respondido ao processo por longo tempo solto.

A Quinta Câmara de Direito Criminal do TJ/SP denegou a ordem nos termos da ementa a seguir transcrita:

“Habeas corpus – Tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico de drogas – Condenação – Direito de recorrer em liberdade – Impossibilidade – Paciente posto em liberdade por força da caracterização do excesso de prazo – Presentes os requisitos do art. 312, do CPP – Decretação da prisão preventiva mantida – Ordem denegada”. (eDOC 8, p. 6)

Impugnou-se o acórdão por meio de recurso ordinário interposto no Superior Tribunal de Justiça, que restou desprovido. Eis a ementa:

“RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. DIVERSIDADE, EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSE DE APETRECHOS COMUMENTE UTILIZADAS NO PREPARO DO MATERIAL TÓXICO. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Prescreve o art. 387, § 1º, do CPP, que o Juiz deve

HC 142173 / SP

decidir, por ocasião da prolação da sentença, de maneira fundamentada, acerca da manutenção ou, se for o caso, da imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação interposta.

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a preservação da custódia processual imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige a indicação de elementos concretos a justificar a sua necessidade, à luz do art. 312 do CPP.

3. A diversidade, a expressiva quantidade e a natureza de parte das drogas localizadas em poder dos agentes - mais de 8 (oito) quilos de maconha, 20 (vinte) tubetes de cocaína e 102 (cento e duas) pedras de *crack* -, são fatores que, somados à apreensão de elevada quantia em dinheiro, ao que parece, sem comprovação de origem lícita, e de apetrechos comumente utilizados no preparo do material tóxico, indicam dedicação à narcotraficância, autorizando a preventiva.

4. Condições pessoais favoráveis não tem, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.

5. Recurso ordinário improvido". (eDOC 9, p. ¾)

Nesta Corte, a impetrante alega: *“não se está a atacar a sentença condenatória em si – o que se está a fazer através de recurso adequado – mas sim, apenas e unicamente, a ordem de prisão do paciente”*. Prossegue:

“a) O paciente fora posto em liberdade por pleito do Ministério Público; b) O paciente acompanhava a instrução em liberdade por cerca de 04 (quatro) anos; c) Não houve qualquer fato superveniente que atendesse os requisitos do artigo 312 do CPP; d) A decretação da prisão teve por única fundamentação a gravidade do delito; e) O paciente aguarda julgamento de sua Apelação Criminal e exaurimento daquela instância recursal”.

HC 142173 / SP

Sustenta que a decisão originária peca justamente pela falta de fundamentação idônea e, por isso, não poderia ser corroborada pelo acórdão do STJ.

Pede, em sede liminar, a imediata revogação da ordem de prisão imposta ao paciente.

Em 4 de abril 2017, indeferi o pedido liminar.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*. Eis a ementa:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA CABIMENTO DE *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. CUSTÓDIA CAUTELAR DECRETADA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRETENSÃO À LIBERDADE PROVISÓRIA. DESCABIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DO ART. 312 DO CPP. PACIENTE COM EVIDENTE ENVOLVIMENTO NO NEFASTO TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE ELEVADA QUANTIA EM DINHEIRO, PETRECHOS UTILIZADOS NO PREPARO DO MATERIAL TÓXICO E DE EXPRESSIVA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS (8 QUILOS DE MACONHA, 20 TUBETES DE COCAÍNA E 102 PEDRAS DE ‘CRACK’), UMA DELAS, ALIÁS, DE ELEVADO PODER DESTRUTIVO E VICIANTE. CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*”.

É o relatório.

23/05/2017

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 142.173 SÃO PAULO

V O T O

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator): Conforme já relatado, a defesa busca a revogação da prisão cautelar do paciente, sustentando que o réu permaneceu em liberdade durante a maior parte da instrução criminal e que o magistrado sentenciante não teria usado fundamentação idônea para decretar a prisão preventiva.

De modo geral, a prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os seguintes fundamentos para sua decretação, nos termos do art. 312 do CPP: I) garantia da ordem pública; II) garantia da ordem econômica; III) garantia da aplicação da lei penal; e IV) conveniência da instrução criminal.

Na linha da jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições se realizam na espécie.

Dessa forma, a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados.

No ponto, evidencio que a decisão que decreta a prisão do agente deve demonstrar sólidas evidências do real perigo que a liberdade do indivíduo causaria à sociedade.

Na espécie, em 5 de abril de 2011, o paciente e mais dois agentes foram presos em flagrante pela prática, em tese, dos crimes de tráfico e associação para o tráfico.

A prisão em flagrante foi convertida em custódia preventiva.

Em 4 de outubro de 2011, acolhendo manifestação do Ministério

HC 142173 / SP

Público do Estado de São Paulo, o Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP revogou a prisão preventiva dos acusados, considerando que os réus estavam presos há mais de seis meses e que a instrução criminal ainda iria prolongar-se no tempo em razão de diligências requeridas pela acusação.

Após regular instrução criminal, o paciente foi condenado pela prática dos delitos descritos nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos da Lei 11.343/2006 (tráfico e associação para o tráfico de drogas), à pena de oito anos de reclusão, em regime inicial fechado, tendo sido negado o recurso em liberdade, decretando-se a prisão preventiva e expedindo-se mandado de prisão em seu desfavor (**decisão de 10 de setembro de 2015**).

Bem analisados os fundamentos expendidos pelo Juízo de origem, observo que a sentença condenatória consignou o seguinte:

“Tendo em vista a gravidade do crime, considerado hediondo, sobretudo diante do caso concreto, para garantia da ordem pública, DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA dos acusados, que não poderão recorrer em liberdade e, igualmente, não preenchem os requisitos do artigo 44 do Código Penal, que não tem aplicação ao crime tratado na presente ação penal, que tem regras especiais e que são aplicadas em detrimento das gerais (artigo 12 do Código Penal)”.

Nesse sentido, a decisão de prisão diverge do firmado por esta Corte. É que a constrição provisória deve estar embasada em elementos concretos, e não abstratamente, como vazio argumento de retórica. O apelo a fórmulas vazias, desvinculadas da base empírica, não se coaduna com o caráter excepcional da medida de restrição de liberdade, que exige fundamentação consistente.

Destaco que o decreto preventivo limita-se a tecer considerações sobre o caráter hediondo do tráfico de entorpecentes. Não cuidou, assim, de apontar, minimamente, a conduta do paciente que pudesse colocar em risco a ordem pública. E a gravidade abstrata do delito não serve de base

HC 142173 / SP

à preventiva, conforme pacífica jurisprudência: HC 121.286/PE, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, DJe 30.5.2014; HC 119.064/PE, de minha relatoria, 2ª Turma, DJe 17.3.2014; HC 113.945/SP, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 12.11.2013 e HC 115.613/SP, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 13.8.2014.

Ressalto, ainda, que o paciente foi preso em flagrante, convertida a segregação em preventiva, e assim permaneceu por parte da instrução criminal, merecendo destaque que somente foi libertado no curso do processo devido ao prolongamento demasiado da instrução criminal.

Realmente, a prisão não foi revogada em razão da ausência dos fundamentos autorizadores da medida.

Ocorre que, como bem destacou a defesa, o paciente permaneceu em liberdade de 4 de outubro de 2011 a 10 de setembro de 2015 (aproximadamente quatro anos). E, por ocasião da prolação da sentença, não havia qualquer causa superveniente que atendesse aos requisitos do artigo 312 do CPP.

Assim, não vislumbro qualquer alteração da situação fática a demandar, neste momento, a negativa do direito de recorrer em liberdade.

Alterando o entendimento prevalecente desde o julgamento do *Habeas Corpus* 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, em 2009, este Tribunal reconheceu também a possibilidade de início da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau, ao indeferir a ordem no *Habeas Corpus* 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016. Eis a ementa desse julgado:

“CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da

HC 142173 / SP

presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado". (Plenário, DJe 17.5.2016)

Ainda sobre o tema, frise-se que esta Corte, em 11.11.2016, ao julgar o ARE 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 25.11.2016, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada e, no mérito, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.

É notório que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 126.292 e das medidas cautelares requeridas nas ADCs 43 e 44, decidiu pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições.

No caso em apreço, a defesa interpôs recurso de apelação, que está pendente de julgamento pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 0028031-94.2011.8.26.0050). Nessa linha, não exaurida a instância ordinária, verifico a possibilidade de assegurar-se ao paciente o direito de aguardar o julgamento de seu apelo em liberdade.

Por outro lado, o fato de o paciente ter respondido ao processo na origem em liberdade, não impede o juiz, ao proferir a sentença, de decretar a prisão preventiva, diante de dados concretos.

Não viola o princípio da inocência nem constitui constrangimento ilegal a prisão de réu condenado por sentença recorrível, quando presentes os fundamentos da segregação cautelar.

Os crimes praticados são graves (tráfico e associação). Contudo não há notícia de reiteração delitiva, pois, após, ser colocado em liberdade, o paciente não veio a praticar novos delitos nem veio a evadir-se do distrito da culpa.

Portanto, entendo que a sentença condenatória, no caso, não demonstrou, minimamente que fosse, a real necessidade da segregação cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Em idêntico sentido, menciono o RHC 108.588/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 9.8.2013; HC 112.071/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 6.9.2013 e HC 112889/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.3.2013.

HC 142173 / SP

Feitas essas considerações, reputo que a prisão provisória decretada em desfavor do paciente não atendeu aos requisitos do art. 312 do CPP, especialmente no que diz respeito à indicação de elementos concretos que, ao momento da decretação, fossem imediatamente incidentes a ponto de ensejar o decreto cautelar.

Desse modo, tenho em conta que, a determinação do cumprimento imediato da sentença sem qualquer fundamentação não atende aos requisitos do art. 312 do CPP.

Por fim, apenas para fins de registro, destaco que, monocraticamente, os Ministros do STF têm aplicado a jurisprudência do Supremo no sentido de que a execução provisória da sentença já confirmada em sede de apelação, ainda que sujeita a recurso especial e extraordinário, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido no HC 126.292/SP. Esse posicionamento foi mantido pelo STF ao indeferir medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, e no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual.

No julgamento do HC 126.292/SP, o Ministro Dias Toffoli votou no sentido de que a execução da pena deveria ficar suspensa com a pendência de recurso especial ao STJ, mas não de recurso extraordinário ao STF. Para fundamentar sua posição, sustentou que a instituição do requisito de repercussão geral dificultou a admissão do recurso extraordinário em matéria penal, que tende a tratar de tema de natureza individual e não de natureza geral – ao contrário do recurso especial, que abrange situações mais comuns de conflito de entendimento entre tribunais.

Manifesto, desde já, minha tendência em acompanhar o Ministro Dias Toffoli no sentido de que a execução da pena com decisão de segundo grau deve aguardar o julgamento do recurso especial pelo STJ.

Assinalo também minha preocupação com a decretação da prisão preventiva, de modo padronizado, sem que o magistrado aponte concretamente a necessidade da medida extrema.

HC 142173 / SP

Registro também que o STF, com o julgamento do HC 126.292/SP, não legitimou toda e qualquer prisão decorrente de condenação de segundo grau. Nós admitimos que será permitida a prisão a partir da decisão de 2º grau, mas não dissemos que ela é obrigatória.

Evidenciado o constrangimento ilegal, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida extrema, esta Corte deverá invalidar a ordem de prisão expedida.

Ante o exposto, voto no sentido de revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP (Ação Penal 0028031-94.2011.8.26.0050), se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo das medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 142.173

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : BRUNO PAPAI DINIZ

IMPTE.(S) : MIRIAM PIOLLA (116492/SP)

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva decretada em desfavor do paciente pelo Juízo de Direito da 6ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP (Ação Penal n. 0028031-94.2011.8.26.0050), se por algum outro motivo não estiver preso e sem prejuízo das medidas cautelares previstas na nova redação do art. 319 do CPP, tudo nos termos do voto do Relator. Presente à sessão, em favor do paciente, a Dra. Miriam Piolla. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 23.5.2017.

Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira
Secretária