

HABEAS CORPUS 137.728 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S) : JOSE DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA
IMPTE.(S) : ROBERTO PODVAL
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

A custódia em discussão concerne à AP nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR, na qual o paciente foi condenado, em 17/5/16, pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro em contexto de organização criminosa.

O RHC nº 65.616/PR, objeto de impugnação neste **writ**, foi interposto no Superior Tribunal de Justiça em data anterior à sentença condenatória em questão. Todavia, a Quinta Turma, ao apreciar o feito, analisou os fundamentos em que aquela sentença se baseou para manter a custódia do paciente.

Aliás, o voto proferido pelo Relator, Ministro **Félix Fischer**, foi bastante claro nesse sentido quando afastou a prejudicialidade do recurso ordinário, por entender que o juízo de origem, ao proferir a sentença, remeteu aos argumentos do título originário da custódia.

Conforme reiterada jurisprudência da Corte, o **habeas corpus** está prejudicado apenas se a sentença condenatória que mantém o condenado preso se vale de fundamentos diversos do decreto de prisão preventiva, o que não ocorreu na espécie vertente (*v.g.* HC nº 122.939/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 6/10/14).

Vejam que o paciente foi preso preventivamente **em 3/8/15** em razão de decisão do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR fundada na garantia da ordem pública e da conveniência de instrução criminal.

Sobreveio, **em 17/5/16**, sentença condenatória (processo nº 5045241-84.2015.4.04.7000/PR), pela qual o paciente foi condenado à pena de 20

(vinte) anos e 10 (dez) meses de reclusão pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro em contexto de organização criminosa, sendo-lhe vedado o direito de recorrer em liberdade.

O voto do eminente Ministro **Edson Fachin** faz remissão aos dois decretos prisionais, não havendo entre eles, a meu sentir, autonomia de fundamentação.

Com efeito, a sentença condenatória, embora tenha ampliado o espectro de análise dos fundamentos da custódia, baseando-se em um exame mais robusto das provas, valeu-se dos mesmos critérios sopesados no decreto cautelar primeiro, vale dizer, a garantia da ordem pública, consubstanciada no risco de reiteração delitativa e na gravidade da conduta.

Assim, não obstante os argumentos trazidos pelo Relator em seu belo voto, peço venia para divergir.

Hélio Tornaghi, muito antes da introdução no sistema processual penal brasileiro das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, apontou dois princípios a respeito da prisão provisória:

“1º) a prisão provisória é um *mal* e só deve existir quando, sem ela, houver *mal maior*.

2º) a prisão provisória, embora má, pode vir a ser *necessária*; mas se é um mal necessário, somente pode ser tolerada nos limites da necessidade e **deve ser substituída por outras providências que sejam menos más, sempre que possível**” (Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 7, grifo nosso).

Esse eminente jurista assinalava, como orientação nessa matéria, que o magistrado “deve ser prudente e mesmo avaro na decretação” (*op. cit.*, p. 10).

Com efeito, a prisão cautelar é a **ultima ratio**, a derradeira medida a que se deve recorrer, e somente pode ser imposta se as outras medidas cautelares dela diversas não se mostrarem adequadas ou suficientes para a contenção do **periculum libertatis** (CPP, art. 282, § 6º).

O eminente Relator infere, das circunstâncias do caso, que persiste a necessidade de se resguardar a ordem pública, de modo que as medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319) não se revelariam suficientes, pois, em breve síntese, o paciente teria agido de forma sistêmica, profissional e habitual, consubstanciada no recebimento periódico de propina decorrente da celebração de contratos com a Petrobras.

Não há como se ignorar a gravidade das condutas supostamente praticadas. Porém, como já destacado por esse Colegiado no julgamento do HC nº 127.186/PR (Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15), por mais graves e reprováveis que sejam as condutas supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar.

Merece registro o excerto do voto proferido pelo saudoso Ministro **Teori Zavascki** naquela oportunidade, segundo o qual

“não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, ‘nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade’ (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). Não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de cometimento de crimes como os aqui indicados e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. **Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito a ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador”** (Segunda Turma, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 3/8/15 – grifos nossos).

Assentadas essas premissas, e melhor sopesando os elementos que conduziram à decretação e à manutenção da custódia do paciente, à luz da **gravidade dos crimes**, entendo que subsiste o **periculum libertatis**, mas que ele pode ser obviado com medidas cautelares diversas e menos gravosas que a prisão, o que também repercutirá **significativamente** no direito de liberdade do réu.

Como ensina **Nicolas Gonzalez-Cuellar Serrano**, o princípio da necessidade exige “a substituição, quando possível, da medida mais gravosa por outra menos lesiva e que assegure igualmente a consecução do fim” (**Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 190).

Nesse contexto, considerando os crimes investigados, as apontadas circunstâncias dos fatos e a condição do paciente, reputo adequadas e necessárias outras medidas cautelares, suficientes, a meu ver, para minimizar os riscos que conduziram à prisão.

No que se ferere ao **risco concreto da reiteração delitiva**, invocado para garantir a ordem pública, começo por dizer

“[que as] medidas cautelares pessoais se destinam a tutelar uma determinada situação de fato, à qual se referem, razão por que, desaparecida a sua base fática legitimadora, impõe-se a sua cessação.

Como aduz **Maurício Zanoide de Moraes**,

‘toda a medida de coação determinada poderá ser substituída por outra que se mostre mais adequada e eficiente diante das novas situações naturalmente proporcionadas pela passagem do tempo’, seja para recrudescer, seja para minorar a restrição. (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 398).

A referibilidade está intrinsecamente ligada ao critério

da atualidade: os pressupostos que autorizam uma medida cautelar devem estar presentes não apenas no momento de sua imposição, como também necessitam se protrair no tempo, para legitimar sua subsistência” (Inq nº 3842/DF, de minha relatoria, julgado em 3/8/15 - grifos nossos).

Por sua vez, **Rodrigo Capez** afirma que

“a proximidade temporal entre o conhecimento do fato criminoso e sua autoria e a decretação da prisão provisória encontra paralelo com a prisão em flagrante, que sugere atualidade (‘o que está a acontecer’) e evidência (‘o que é claro, manifesto’).¹

Se a prisão por ‘ordem pública’ é ditada por razões materiais, quanto mais tempo se passar entre a data do fato (ou a data do conhecimento da autoria, se distinta) e a decretação da prisão, mais desnecessária ela se mostrará. Em consequência, não se pode admitir que a prisão preventiva para garantia da ordem pública seja decretada muito tempo após o fato ou o conhecimento da autoria, salvo a superveniência de fatos novos a ele relacionados²” (Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015).

Nesse diapasão, anoto que a constrição cautelar do paciente somente foi decidida e efetivada no mês de agosto de 2015, ou seja, 10 (dez) meses após o último pagamento atribuído a ele pelo juízo de origem, datado de outubro de 2014.

1 *TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 48, vol. 1.*

2 *ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 395. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Processo penal. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 734*

Logo, a decisão daquela autoridade judiciária lastreou-se em argumentos frágeis, pois, ainda que amparada em elementos concretos de materialidade, os fatos que deram ensejo ao aventado **risco de reiteração delitiva** estão longe de ser contemporâneos do decreto prisional. Em consequência, por ter sido decretada muito tempo após a última intercorrência ilícita noticiada, o título não deve subsistir por esse fundamento.

É importante sempre lembrar que o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), como norma de tratamento, significa que, diante do estado de inocência que lhe é assegurado, o imputado, no curso da persecução penal, não pode ser tratado como culpado nem ser a esse equiparado.

Em sua mais relevante projeção como norma de tratamento, a presunção de inocência implica a vedação de medidas cautelares pessoais automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena.

A presunção de inocência, aqui, imbrica-se com outros direitos individuais, uma vez que a prisão provisória derivada meramente da imputação se desveste de sua indeclinável natureza cautelar, perde seu caráter de excepcionalidade (CF, art. 5º, LXVI), traduz punição antecipada - violando o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV) - e resulta no tratamento do imputado como culpado.

É digno de nota o excerto do voto do Ministro **Celso de Mello** no HC nº 105.556/SP, a respeito da impossibilidade de se utilizar a prisão preventiva como instrumento de antecipação de pena:

*“**Impõe-se advertir**, no entanto, que a prisão cautelar (*‘carcer ad custodiam’*) - **que não se confunde** com a prisão penal (*‘carcer ad poenam’*) - *não objetiva infligir punição* à pessoa **que sofre** a sua decretação. **Não traduz**, a prisão cautelar, em face **da estrita** finalidade a que se destina, **qualquer** idéia de sanção. **Constitui**, ao contrário, **instrumento** destinado a atuar *‘em benefício da atividade desenvolvida no processo penal’* (BASILEU*

GARCIA, 'Comentários ao Código de Processo Penal', vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense), **tal como esta Suprema Corte tem proclamado:**

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

- A prisão preventiva **não pode** - e não deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de **punição antecipada** daquele a quem se imputou a prática do delito, **pois**, no sistema jurídico brasileiro, **fundado** em bases democráticas, **prevalece** o princípio da liberdade, **incompatível** com punições **sem** processo **e inconciliável** com condenações **sem** defesa prévia.

A prisão preventiva - que não deve ser confundida com a prisão penal - **não objetiva** infligir punição àquele que sofre a sua decretação, **mas destina-se**, considerada a **função cautelar** que lhe é inerente, a atuar **em benefício** da atividade estatal desenvolvida **no processo penal.**

(RTJ 180/262-264, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí a clara advertência do Supremo Tribunal Federal, **que tem sido reiterada** em diversos julgados, **no sentido** de que se revela absolutamente **inconstitucional** a utilização, **com fins punitivos**, da prisão cautelar, **pois esta não se destina a punir** o indiciado **ou** o réu, **sob pena** de manifesta ofensa **às garantias constitucionais** da presunção de inocência **e** do devido processo legal, **com a conseqüente** (e **inadmissível**) prevalência da idéia - **tão cara aos regimes autocráticos** - de supressão da liberdade individual **em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo** (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a **função exclusivamente processual** que lhe é inerente - **não pode ser utilizado** com o objetivo de promover a

antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, **pois**, se assim fosse lícito entender, **subverter-se-ia a finalidade** da prisão preventiva, **daí resultando grave** comprometimento ao princípio da liberdade (**RTJ 202/256-258**, Rel. Min. CELSO DE MELLO)” (Segunda Turma, DJe de 30/8/13 - grifos do autor).

Em suma, descabe a utilização da prisão preventiva como antecipação de uma pena que **nem sequer foi confirmada em segundo grau**, pois, do contrário, estar-se-ia implementando **verdadeira execução provisória em primeiro grau**, contrariando o entedimento fixado pela Corte de que

“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 presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (HC nº 126.292/SP, Relator o Ministro **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/16).

Entendimento diverso importaria na **restauração do instituto** da prisão preventiva obrigatória, **ratio** da primeira redação do art. 312³ do Código de Processo Penal, a qual estabelecia essa modalidade odiosa de constrição nos crimes cuja pena máxima cominada fosse igual ou superior a 10 (dez) anos, tendo sido acertadamente revogada pela Lei nº 5.349/73.

Cabe frisar, ademais, que **eventual confirmação** da condenação do paciente em grau recursal autorizará a execução provisória da reprimenda, na linha de julgado, alhures citado, do próprio Tribunal Pleno.

Diante dessas considerações, pedindo **venia** ao ilustre Relator, voto pela **concessão da ordem** para **substituir** a prisão preventiva do paciente por medidas cautelares dela diversas (CPP, art. 319⁴), a serem

³ — Art. 312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

⁴ Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para

estabelecidas pelo juízo de origem.

informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.