



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS **Nº 108.194 - SP (2008/0125831-6)**

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE LIMA MARQUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. DEFESA PRELIMINAR. INOCORRÊNCIA. PEÇA APRESENTADA ANTES DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL. COAÇÃO INEXISTENTE.

1. Não se constata a alegada nulidade decorrente da não apresentação de defesa preliminar em favor do réu, antes do recebimento da denúncia, dado que os elementos dos autos dão conta que a referida peça foi oferecida antes do início da ação penal.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PACIENTE QUE RESPONDEU À AÇÃO PENAL EM LIBERDADE, INCLUSIVE EM SEDE DE APELAÇÃO. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO MERAMENTE DEVOLUTIVO AFASTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, haja vista interpretação decorrente do inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, baseada no mero efeito devolutivo do recurso especial previsto no art. 637 do CPP.

2. Se a determinação da segregação pelo Tribunal de Origem é procedida sem que se fundamente a necessidade da prisão do paciente antes do trânsito em julgado da condenação, *ex vi* do disposto no art. 312 do CPP, resta caracterizado o constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

3. Ordem parcialmente concedida, para permitir que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.194 - SP (2008/0125831-6)

IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE LIMA MARQUES (PRESO)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de CARLOS HENRIQUE DE LIMA MARQUES, contra acórdão proferido pela 14ª Câmara B do 7º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, ao apreciar a Apelação Criminal nº 975.157.3/2-0000-000 interposta pelo Ministério Público, condenou o paciente nos autos do Processo-Crime nº 461/2005, da 1ª Vara da comarca de São Sebastião, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 38 (trinta e oito) dias-mula, pela prática do delito disposto no art. 12, *caput*, da Lei nº 6.368/76, determinando a expedição de mandado de prisão.

Os impetrantes, fazendo menção ao princípio da presunção de inocência e de que a condenação imposta ao paciente poderá ser reformada, pretendem garantir-lhe o direito de recorrer em liberdade, ao argumento de que no caso não se fazem presentes os requisitos descritos no art. 312 do Código de Processo Penal e que a decisão impôs a sua segregação sem qualquer fundamentação.

Sustentaram que o paciente compareceu a todos os atos processuais e que na hipótese serão opostos embargos declaratórios e eventualmente recursos especial e extraordinário, não havendo motivos que justifiquem a sua custódia antes do trânsito em julgado da condenação.

Entenderam que na espécie o paciente está sendo submetido a constrangimento ilegal, alegando a nulidade do processo ante a não-observância do rito estabelecido na Lei nº 10.409/2002, pois não lhe foi dada oportunidade de apresentar defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, caracterizando, assim, o cerceamento.

Postularam o deferimento da liminar, para que seja permitido ao paciente aguardar solto o julgamento final da referida ação penal ou, caso assim não se decida, para que se declare a eiva apontada, e a concessão definitiva da ordem, com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmação da medida sumária.

Instruíram a inicial com cópia de algumas peças processuais (fls. 34 a 54).

A apreciação da pretensão liminar foi postergada para após prestadas informações pela autoridade impetrada (fls. 57 e 58), as quais aportaram aos autos a fls. 63 *usque* 65, oportunidade em que juntou documentos (fls. 66 a 110).

Indeferida a pleiteada tutela de urgência, o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.194 - SP (2008/0125831-6)

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, quanto à alegada nulidade decorrente da ausência de oportunidade para que a defesa apresentasse sua defesa preliminar antes do recebimento da denúncia, cumpre salientar, conforme se constata do acórdão impugnado (fls. 49-54), que a matéria não foi levantada perante a Corte coatora, que em momento algum aborda referido tópico quando do julgamento da apelação criminal.

Por outro vértice, superando-se eventual supressão de instância dada a relevância da questão, verifica-se do Termo de Deliberação acostado a fls. 86 que não só foram apresentadas as considerações preliminares da defesa (fls. 87, datada de 7.11.2005) - como bem salientou o *Parquet* Federal -, bem como o magistrado abriu vistas ao Ministério Público para manifestação e, posteriormente, recebeu a proemial, em 10.11.2005 (fls. 88/89).

Transcreve-se os termos do mencionado documento:

TERMO DE DELIBERAÇÃO - PROCESSO CRIME 461/05

Pela adv do réu foi dito que já protocolou defesa preliminar e pedido de instauração do incidente toxicológico, com quesitos.

***Pelo MM. Juiz, foi proferida a seguinte decisão: 'Com urgência, junte-se a defesa preliminar e o pedido de incidente, abrindo-se após vista ao Ministério Público, para ratificação ou não dos termos da denúncia, bem como para se manifestar sobre o pedido de incidente. Após, voltem conclusos.'* [...]. (fls. 86 - grifos no original)**

Não se vislumbra, assim, dos elementos acostados aos presentes autos, a ocorrência da alegada nulidade, motivo pelo qual não é de ser reconhecido constrangimento ilegal neste ponto.

Melhor sorte lhe assiste, no entanto, quanto ao pleiteado direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, eis que após responder ao processo em liberdade, inclusive em sede recursal, o Tribunal coator, dando provimento ao apelo ministerial, determinou o encarceramento do paciente sem declinar a devida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação, muito embora não tenha transitado em julgado a condenação.

Com efeito, ao apreciar o *Habeas Corpus* n. 84.078/MG, o Plenário do Supremo Tribunal Federal consignou que a prisão decretada antes do trânsito em julgado do édito repressivo tem natureza cautelar e a simples determinação da segregação pelo fato de as vias ordinárias terem se esgotado, sem fundamentação, indubitavelmente fere o princípio da presunção de inocência.

Veja-se como, após longo debate, restou ementado o *decisum* mencionado:

"HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

"1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

"2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

"3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

"4. A ampla defesa, não se pode visualizar de modo restrito. Engloba toda as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

"5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'.

"6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados - não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do Supremo Tribunal Federal não pode ser lograda a este preço.

"7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque - disse o relator - 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

"8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

"Ordem concedida" (rel. Min. EROS GRAU, julgado em 5-2-2009).

Na hipótese vertente, o paciente encontra-se em idêntica situação: permaneceu em liberdade no decorrer da ação penal, inclusive durante o processamento do recurso de apelação (fls. 42), e teve sua prisão determinada mesmo sem a ocorrência do trânsito em julgado da decisão, pelo simples exaurimento das instâncias ordinárias, veja-se:

[...]

*Ante o exposto, pelo presente voto, **DÁ-SE PROVIMENTO** ao recurso de apelação para o fim de se julgar procedente a denúncia e **CONDENAR** o apelado a dois anos e quatro*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meses de reclusão, regime inicial fechado, e 38 dias-multa, no valor unitário mínimo, por infração à norma do artigo 12, caput, da Lei n. 6.368/76. Expeça-se mandado de prisão e, a título terapêutico, recomende-se à entidade prisional a oferta de tratamento ambulatorial sugerido pelos peritos. (fls. 54 - grifo no original)

Entende-se, no entanto, que apesar de ser possível a constrição dos acusados antes do trânsito em julgado da condenação, sua imposição está condicionada à presença dos pressupostos e dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, dado o caráter cautelar da medida segregatória.

Mister que o Tribunal indicasse os motivos pelos quais, após o julgamento do apelo, seria necessário o recolhimento dos réus ao cárcere, sobretudo em função de terem permanecido soltos durante o curso do processo.

Cumpre destacar, ainda, de informações obtidas mediante consulta ao sítio do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que o feito aguarda contra-razões do órgão ministerial em sede de agravo de instrumento em recurso extraordinário, autuado sob o n. 993.06.029903-4/50002, além de ter sido admitido o recurso especial ajuizado, indicando, portanto, não ter a sentença repressora passado em julgado até o presente momento.

Mostra-se, portanto, evidente o constrangimento a que estão submetidos os pacientes, consoante precedentes desta Corte Superior, veja-se:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE RECEPÇÃO. REINCIDÊNCIA GENÉRICA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. ILEGALIDADE. SÚMULA N.º 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO DO APELO. IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO DE ACORDO COM RECENTE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF.

"[...]"

"4. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer de toda a ação penal tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a condenação. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção, de acordo com a atual orientação do Plenário da Suprema Corte.

"5. Ordem parcialmente concedida para, reformando o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado, restabelecer a sentença condenatória que fixou o regime semiaberto de cumprimento de pena e concedeu a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como para assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação" (HC n. 137.499/SP, rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, j. em 19.8.2009).

Diante do exposto, concede-se parcialmente a ordem, para que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 108.194 - SP (2008/0125831-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE LIMA MARQUES (PRESO)

VOTO-VENCIDO

(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO)

1. Senhor Ministro Jorge Mussi, Vossa Excelência tem a quantidade da pena?
2. Vou pedir vênia a Vossa Excelência para ficar vencido e denegar a Ordem de *Habeas Corpus*, por razões que já disse inúmeras vezes aqui. O paciente foi condenado pelo crime de tráfico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2008/0125831-6

HC 108194 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4612005 9751573

EM MESA

JULGADO: 19/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS HENRIQUE DE LIMA MARQUES (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que denegava a ordem.

Brasília, 19 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário