



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.503 - SP (2014/0083938-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **FATIMA REGINA CARDOSO MUSCELLI**
ADVOGADO : **FÁTIMA REGINA CARDOSO MUSCELLI**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANDERSON JOSE CAPELOSSI**

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM CONCEDIDA.

I - O Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC 84.078/MG**, ocorrido em **5/2/2009**, concluiu que "*ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP*" (**Informativo-STF n. 534**).

II - **In casu**, muito embora estivesse o paciente respondendo ao processo em liberdade, o eg. Tribunal **a quo**, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Sob tal contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da indevida determinação de execução provisória da pena.

Ordem concedida para, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de junho de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.503 - SP (2014/0083938-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em benefício de ANDERSON JOSE CAPELOSSI, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, **em regime inicial fechado**, pela suposta prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I, II e V, do Código Penal, **sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade**. Posteriormente, o ora paciente foi progredido ao regime semiaberto, pelo d. Juízo processante (fls. 18-19). Impetrado **habeas corpus** perante esta eg. Corte Superior, foi concedida a ordem, à unanimidade, para revogar a prisão preventiva do paciente (HC 172.481/SP, DJe de 14/4/2011).

Irresignada em face da r. sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido pelo eg. Tribunal de origem, para reduzir as penas do paciente a 6 (seis) anos, 7 (sete) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, determinando-se a expedição de mandado de prisão.

Daí o presente **mandamus**, no qual sustenta o impetrante que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a decretação de sua prisão, ressaltando que *"o Paciente já cumpriu boa parte da pena, mais de 1/6 da condenação constante da sentença de primeiro grau, que era mais de 09 anos. Através da progressão a que fez juz, já estava no regime semi-aberto [...] Como houve redução da condenação, o paciente cumpriu próximo de 1/3 da pena constante do acórdão"* (fls. 7-8).

Requer, assim, a revogação da prisão preventiva.

Liminar deferida às fls. 28-29.

Informações prestadas às fls. 37-55.

A douta Procuradoria-Geral da República, às fls. 60-63 manifestou-se no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentido da concessão do regime semiaberto, cassando-se a liminar concedida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 292.503 - SP (2014/0083938-3)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM CONCEDIDA.

I - O Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC 84.078/MG**, ocorrido em 5/2/2009, concluiu que *"ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP"* (**Informativo-STF n. 534**).

II - **In casu**, muito embora estivesse o paciente respondendo ao processo em liberdade, o eg. Tribunal **a quo**, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Sob tal contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da indevida determinação de execução provisória da pena.

Ordem concedida para, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: No presente **mandamus**, pretende o impetrante o direito de o paciente recorrer em liberdade.

O presente **writ** merece prosperar.

Insta consignar inicialmente que, em 5/2/2009, o Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC 84.078/MG**, concluiu que ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os requisitos autorizadores, previstos no art. 312 do CPP.

Confira-se o elucidativo excerto do **Informativo-STF n. 534, verbis:**

*“Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória” (HC 84.078/MG, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Eros Grau**, DJe de 26/2/2010).*

Sobre o tema, destaco os seguintes precedentes do col. **Supremo Tribunal**

Federal:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INVIABILIDADE. MEDIDA CONSTRITIVA. CARÁTER CAUTELAR. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

*1. Em casos teratológicos e excepcionais, como o dos autos, viável afastar o óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (HC 84.078/MG, Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, Dje-035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la. 3. Ordem concedida” (HC 119.759, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 3/2/2014).*

*"Habeas Corpus. 2. Execução provisória da pena. Impossibilidade. Ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Precedente firmado no HC 84.078/MG de relatoria do Min. Eros Grau. 3. Superação da Súmula 691. 4. Ordem concedida” (HC 107.547, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 31/5/2011).*

No mesmo sentido, **esta eg. Corte:**

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DESRESPEITO AO PACÍFICO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO NESSA PARTE.

1. A prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar. Isso significa dizer que o Tribunal não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão. (Precedentes do STF e do STJ).

2. No caso vertente, verifico que o relator do acórdão ora impugnado não apresentou nenhuma das motivações constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto se limitou a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público.

3. Em verdade, desde o julgamento do HC n. 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial).

4. Assim, soa desarrazoado e injustificável que, anos após a publicação desse acórdão - ao qual já se seguiram tantos outros, em igual sentido - se persista na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no artigo 5º, inciso LVII.

5. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma rebeldia estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários a partir da qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República.

6. Outrossim, há flagrante ilegalidade no que tange à manutenção do modo inicial mais gravoso para o cumprimento da reprimenda, visto que a sentença condenatória, com desprezo ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, inciso IX), fundamentou a necessidade e suficiência do regime fechado no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, sem observar o patamar de pena fixado - aquém de quatro anos de reclusão - e as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do art. 59 do CP, conforme determina o § 3º do art. 33 do mesmo diploma legal.

*7. Habeas corpus concedido para que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. E, de ofício, concede-se a ordem para fixar o regime aberto como o adequado ao cumprimento da reprimenda" (HC 285.560/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 31/3/2015).*

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. PROVIMENTO DO APELO MINISTERIAL. CONDENAÇÃO. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. OPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO PELA DEFESA. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5.º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA.

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, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

2. Tratando-se de paciente absolvido em primeira instância e que aguardou o julgamento da apelação ministerial em liberdade, resta caracterizado o constrangimento ilegal quando o Tribunal impetrado ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado do acórdão condenatório sem indicar os motivos pelos quais seria necessário o recolhimento do sentenciado ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP.

*3. Habeas corpus concedido para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que nova ordem de segregação seja proferida caso se afigurem presentes quaisquer das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP" (HC 303.659/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 15/12/2014).*

No caso em tela, após proferida a r. sentença condenatória do paciente, que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, o eg. Superior Tribunal de Justiça revogou sua prisão preventiva, em v. acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS . ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME. GRAVIDADE GENÉRICA DO DELITO. PERICULOSIDADE ABSTRATA DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ARGUMENTOS QUE NÃO SE PRESTAM A RESPALDAR A CUSTÓDIA. POSSIBILIDADE DE FUGA. MERA CONJECTURA. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE PARTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO NÃO DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

II. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade do delito, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do crime imputado ao paciente e sua periculosidade abstrata, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP. Precedentes.

III. Não pode o magistrado concluir que o réu, solto, irá empreender fuga, sem base em fatos concretos que indiquem a real possibilidade deste se furtar à aplicação da lei penal, não sendo tal argumento suficiente à manutenção da custódia provisória, especialmente em hipóteses como a dos autos, em que o réu permaneceu solto durante parte da instrução criminal.

IV. Simples menção aos requisitos legais da segregação, bem como à necessidade de coibir a prática de delitos graves, que também não se prestam a embasar a custódia acautelatória.

V. É indispensável a presença de concreta fundamentação para o óbice ao direito de apelar em liberdade, com base nos pressupostos exigidos para a prisão preventiva, na hipótese de o réu ter permanecido solto durante a instrução processual, sem ter criado qualquer obstáculo ao regular andamento do feito.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à decretação da prisão do réu, para revogá-la, determinando a expedição de alvará de soltura em seu favor, para que possa recorrer em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

172.481/SP, **Quinta Turma**, Min. **Gilson Dipp**, DJe de 14/4/2011).

Na hipótese, o eg. Tribunal **a quo**, muito embora estivesse o paciente respondendo ao processo em liberdade, determinou a expedição do mandado de prisão sem, contudo, manifestar-se acerca do eventual cabimento de custódia cautelar.

Dessarte, verificada a interposição de agravo em recurso especial pela defesa, feito que se encontra pendente de julgamento, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal a que está submetido o paciente, decorrente da execução provisória de sua pena, sem a demonstração dos requisitos do art. 312 do CPP aptos a ensejar a decretação da custódia cautelar.

Ante o exposto, **concedo a ordem para**, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0083938-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 292.503 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00095604320088260597 201000869380 20140000201011 907412 95604320088260597

EM MESA

JULGADO: 18/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA DAS MERCÊS DE C. GORDILHO ARAS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FATIMA REGINA CARDOSO MUSCELLI
ADVOGADO	: FÁTIMA REGINA CARDOSO MUSCELLI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANDERSON JOSE CAPELOSSI

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.