



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.921 - RJ (2012/0058108-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCIA CRISTINA CHAVES

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS APRECIADAS EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *WRIT* PARCIALMENTE PREJUDICADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE CONCEDIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PRISÃO DECRETADA EM SEDE DE APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE E INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As matérias referentes à aplicação da causa especial de diminuição de pena, à alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foram apreciadas por este Sodalício nos autos do Agravo em Recurso especial n.º 348.296/RJ, interposto pela ora paciente, razão pela qual o presente *writ* encontra-se parcialmente prejudicado.

3. Hipótese em que se verifica flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. *In casu*, decretação da prisão que não se justifica ante a fundamentação inidônea.

4. O Colegiado estadual não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, ressaltando apenas que era necessário o encarceramento pois "a apelante permaneceu acautelada durante toda a instrução criminal, com maior razão assim deve permanecer para recorrer, impondo-se a decretação de sua prisão cautelar", consignando que "não se pode conceder à mesma o direito de recorrer em liberdade, visando-se, assim, à garantia da ordem pública e à futura aplicação da lei penal, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal", fundamentos que se mostram insuficientes.

5. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar outrora deferida, a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do Processo n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

0999837-12.2011.8.19.0002, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 24 de setembro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.921 - RJ (2012/0058108-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCIA CRISTINA CHAVES

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCIA CRISTINA CHAVES, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n.º 00999837-12.2011.8.19.0002).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, e § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, pois "trazia consigo e guardava para fins de ilícita mercancia (...) 13,6 g (treze gramas e seis decigramas) da substância entorpecente *Cloridrato de cocaína*, distribuídos em 46 (quarenta e seis) invólucros plásticos, e 37 g (trinta e sete gramas) da substância entorpecente conhecida como *Crack (cocaína - base livre)*, acondicionadas em 36 (trinta e seis) pequenos sacos plásticos" (fl. 24).

Irresignados, o órgão ministerial e a defesa interpuseram recurso de apelação perante o Tribunal *a quo*, que negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao ministerial para decretar a prisão preventiva da acusada, determinando a expedição do mandado de prisão.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante alega que "o Senado Federal, no exercício da atribuição que lhe foi conferida pelo art. 52, inciso X, da Constituição da República, editou, na data de 15/02/2012, a Resolução n.º 05/2012, suspendendo a execução de parte da Lei n.º 11.343/2006 (declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do *Habeas Corpus* n.º 97.256/RS), correspondente à expressão 'vedada a conversão em penas restritivas de direitos' (contida no § 4º, do art. 33, da referida lei)" (fl. 5).

Assere que a negativa da substituição da reprimenda corporal pautou-se unicamente na vedação legal, a qual não mais se aplica.

Defende, inclusive, a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, em seu patamar máximo, tendo em vista que a agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica à atividades criminosas, nem integra organização delituosa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afirma que a variedade ou a quantidade de entorpecentes não se afiguram expressivas para servir de óbice para a minoração no *quantum* máximo.

Sustenta, ainda, que inexiste fundamentação idônea para ensejar a segregação cautelar da acusada, não bastando para tanto o mero julgamento da apelação.

Consigna que não se encontram presentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP, mencionando que o Juízo de primeiro grau deferiu o recurso em liberdade.

Requer, liminarmente, que a paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *writ*. No mérito, pleiteia a aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 em seu patamar máximo, a estipulação do regime aberto para o início do cumprimento da pena e a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A liminar foi deferida às fls. 326/330 para garantir à paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito deste *writ* ou o trânsito em julgado do feito, o que advier primeiro, se por outro motivo não estiver presa, ressalvada a possibilidade de decretação de outra medida cautelar pessoal, demonstrada sua necessidade.

Foram prestadas informações às fls. 338/345 e 361/384.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Maria Eliane Menezes Farias, pela parcial concessão da ordem (fls. 348/359).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 236.921 - RJ (2012/0058108-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS APRECIADAS EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. *WRIT* PARCIALMENTE PREJUDICADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE CONCEDIDO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PRISÃO DECRETADA EM SEDE DE APELAÇÃO. MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE E INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. *HABEAS CORPUS* PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. As matérias referentes à aplicação da causa especial de diminuição de pena, à alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foram apreciadas por este Sodalício nos autos do Agravo em Recurso especial n.º 348.296/RJ, interposto pela ora paciente, razão pela qual o presente *writ* encontra-se parcialmente prejudicado.

3. Hipótese em que se verifica flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade. *In casu*, decretação da prisão que não se justifica ante a fundamentação inidônea.

4. O Colegiado estadual não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, ressaltando apenas que era necessário o encarceramento pois "a apelante permaneceu acautelada durante toda a instrução criminal, com maior razão assim deve permanecer para recorrer, impondo-se a decretação de sua prisão cautelar", consignando que "não se pode conceder à mesma o direito de recorrer em liberdade, visando-se, assim, à garantia da ordem pública e à futura aplicação da lei penal, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal", fundamentos que se mostram insuficientes.

5. *Habeas corpus* parcialmente prejudicado e, no mais, não conhecido. Ordem concedida, de ofício, ratificada a liminar outrora deferida, a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do Processo n.º 0999837-12.2011.8.19.0002, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Preliminarmente, impende registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprir destacar que as matérias referentes à aplicação da causa especial de diminuição de pena, à alteração do regime inicial de cumprimento de pena, bem como à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos já foram apreciadas por este Sodalício nos autos do Agravo em Recurso especial n.º 348.296/RJ, interposto pela ora paciente.

Com efeito, em 7.8.2013, foi prolatada decisão monocrática no bojo do mencionado agravo em recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. PERCENTUAL APLICADO NA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 33, § 2º, "C", E 44, AMBOS DO CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE EM TESE. AGRAVO A QUE SE CONHECE PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Deste modo, constatando-se que já foi realizada a prestação jurisdicional quanto aos referidos temas, restando, inclusive, atendidos parcialmente os pleitos formulados, verifica-se que o presente *writ* encontra-se parcialmente prejudicado.

Passa-se, pois, a análise do tópico relativo ao direito de recorrer em liberdade.

Ao proceder a dosimetria da pena e permitir o recurso em liberdade, o Magistrado *a quo* assim fê-lo:

(...)

Diante do exposto e de tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal e, por conseguinte, CONDENO MARCIA CRISTINA CHAVES como incurso nas penas dos artigos 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Em razão disso, passo à fixação da pena.

À vista das diretrizes traçadas pelas normas dos artigos 59, 60 e 68 do Código Penal e considerando que a ré não possui outras anotações em sua FAC, tem-se que deve ser tida como primária e de bons antecedentes, pelo que fixo a sua pena-base no patamar legal mínimo previsto à espécie, ou seja, em CINCO ANOS DE RECLUSÃO E QUINHENTOS DIAS-MULTA, à razão unitária mínima (art. 43 da Lei 11.343/2006).

Na segunda fase de dosimetria das penas, vê-se que não há agravantes ou atenuantes a considerar, nem mesmo a confissão espontânea, à uma, porque foi parcial e, à duas, porque nem essa circunstância pode conduzir a pena abaixo de seu limite inferior (Súmula 231 do STJ).

Na terceira e última fase da dosimetria, à vista dos presumidos bons antecedentes da ré e o fato de não ter vindo aos autos indicação de que a mesma integre organização criminoso ou se dedique de forma usual a atividades dessa natureza, tem-se que deve incidir na hipótese a causa de redução de pena estatuída no § 4º do art 33 da Lei 11.343/2006. porém, em grau intermediário, diante da variedade das drogas apreendidas em seu poder, dentre elas o CRACK, substância entorpecente de efeito devastador, que sabidamente acarreta rápido e intenso dano físico e psíquico aos seus usuários, circunstância que impõe punição mais rigorosa.

Assim, reduzo em 1/2 (metade) a pena acima aplicada que, assim, passa a ser de DOIS ANOS E SEIS MESES DE RECLUSÃO E DUZENTOS E CINQUENTA DIAS MULTA, que torno definitiva, observando que diante da vedação legal aos benefícios da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou o *sursis* (art. 44), não seria possível o acolhimento do pleito defensivo nesse sentido.

De fato, o crime de tráfico de drogas é equiparado aos hediondos (art. 2º da Lei 8.072/90). o que torna mesmo inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em virtude do necessário regime fechado para início do cumprimento da pena corporal.

Com efeito, muito antes do advento da atual Lei de Drogas que veda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

expressamente tal benefício, o STF já havia indicado esse entendimento, como se vê da ementa do seguinte julgado, da lavra da iminente Ministro Joaquim Barbosa, *in verbis*:

(...)

O regime inicial para o cumprimento da pena será o FECHADO, por força de norma jurídica expressa (art 2º, § 1º da Lei 8 072/90).

A ré pagará as custas processuais.

Considerando que o Ministério Público não requereu e tampouco demonstrou a necessidade de conversão da prisão em flagrante da ré em preventiva ou pleiteou a imposição de alguma medida cautelar prevista no art. 319 do CPP e, ademais, a instrução já está finda e há nos autos comprovante de residência e documentos pessoais da ré (fls 69/77), concedo à mesma o direito de apelar em liberdade.

Expeça-se e cumpra-se o respectivo alvará de soltura.

(...) (fls. 164/165).

Confira-se, ainda, o teor do acórdão guerreado:

(...)

Em relação à dosimetria da pena, a magistrada fixou a pena base no mínimo legal (5 anos de reclusão e o pagamento de 500 dias-multa), mantendo-a na segunda fase, diante da ausência de agravantes e atenuantes.

Na terceira etapa reconheceu a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, reduzindo, acertadamente, a sanção em 1/2, em razão da variedade de drogas apreendidas.

As circunstâncias fáticas do delito, a natureza, a quantidade da droga, impedem a fixação da redução da pena no grau máximo.

Mantenho o regime inicialmente fechado, com base no artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade, tal benefício restou expressamente vedado pela Lei 11.343/06, em razão de tratar-se de crime equiparado a hediondo, merecendo tratamento especial do legislador.

Não se pode falar em inconstitucionalidade do artigo 44 da Lei 11.343/06 diante do tratamento mais rigoroso dado pela própria Constituição Federal para os crimes hediondos e os a eles equiparados. Ademais, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não possuiu efeito erga omnes, merecendo aplicação somente para o caso analisado naquela Corte.

Assim, deixo de substituir a reprimenda por restritivas de direito.

No tocante ao prequestionamento, inexistente qualquer violação às normas de constitucionais e infraconstitucionais.

Em relação ao recurso do Ministério Público, assiste-lhe razão.

Conforme se depreende dos autos, a apelante permaneceu acautelada durante toda a instrução criminal, com maior razão assim deve permanecer para recorrer, impondo-se a decretação de sua prisão cautelar.

Não se pode conceder à mesma o direito de recorrer em liberdade, visando-se, assim, à garantia da ordem pública e à futura aplicação da lei penal, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ademais, o fato de a recorrente possuir residência fixa, por si só, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tem o condão de impedir a decretação de sua custódia.

Desta forma, decreto a prisão preventiva da recorrente, expedindo-se o mandado de prisão.

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer os recursos, NEGANDO PROVIMENTO ao apelo da defesa e DANDO PROVIMENTO ao apelo ministerial para decretar a prisão preventiva da recorrente, expedindo-se o mandado de prisão (fls. 299/302).

Da análise dos autos, verifica-se que a decisão do Colegiado estadual não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, ressaltando apenas que era necessário o encarceramento pois "a apelante permaneceu acautelada durante toda a instrução criminal, com maior razão assim deve permanecer para recorrer, impondo-se a decretação de sua prisão cautelar", consignando que "não se pode conceder à mesma o direito de recorrer em liberdade, visando-se, assim, à garantia da ordem pública e à futura aplicação da lei penal, na forma do art. 312 do Código de Processo Penal" (fl. 301), fundamentos que se mostram insuficientes.

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

É de ver que, no processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na recente Lei n.º 12.403/11, relativa às medidas cautelares penais, *verbis*:

"Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

(...)

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente.

(...)

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, **em último caso**, decretar a **prisão preventiva** (art. 312, parágrafo único).

(...)

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)." (NR)

(...)

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, **o juiz deverá** fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - **conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.**

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato nas condições constantes dos incisos I a III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação." (NR)

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. A necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex legis*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Vê-se, portanto, que o Colegiado estadual deixou de indicar qualquer elemento concreto a justificar a imposição de prisão antes do trânsito em julgado.

Trata-se de verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais a decisão que justifica a prisão de tal forma. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade cautelar da prisão, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da prisão calcada apenas em proposições genéricas:

"*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. ART. 213, § 1.º, C.C. O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA COM BASE EM MERAS CONJECTURAS E NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO, SEM REFERÊNCIA A DADOS CONCRETOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, CONCEDIDA.

1. Não formulada na impetração originária a tese de excesso de prazo na formação da culpa, não pode ser conhecida a matéria por esta Corte, sob pena de supressão de instância. Precedente.

2. A prisão cautelar somente é devida se expressamente justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Na hipótese, o magistrado teceu considerações abstratas no *decisum* impugnado, sem comprovar a existência dos pressupostos e motivos autorizadores da medida cautelar, com a devida indicação dos fatos concretos legitimadores de sua imposição, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, restando a prisão amparada, tão somente, na gravidade do delito, na alusão genérica à possibilidade de risco à instrução criminal, bem como em conjecturas acerca de suposta periculosidade do réu.

4. Já decidiu este Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, no sentido de que '[...] a mera opinião do julgador sobre a gravidade do delito também não serve como fundamento a autorizar a medida constritiva da liberdade' (HC 42.303/RJ, 6.ª Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe de 03/08/2009).

5. A afirmação de ser o acusado portador de transtornos mentais, sem nenhuma referência a elementos indicativos de sua periculosidade nos autos, não tem o condão de, por si só, justificar a prisão cautelar do Paciente, porquanto ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedente.

6. Outrossim, não há notícias nos autos de que o réu tenha se envolvido em outros atos delitivos de qualquer natureza.

7. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido, para cassar a decisão que indeferiu a liberdade provisória ao Paciente, sem prejuízo de que outras medidas cautelares sejam adotadas pelo Juízo condutor do processo, conforme ressaltado no voto."

(HC 206.868/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 22/09/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. ART. 312 DO CPP. GRAVIDADE ABSTRATA DA INFRAÇÃO.

1. A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

2. A fundamentação declinada pelo Magistrado de primeiro grau não indicou de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal. Procurou alicerçar a medida constritiva na gravidade abstrata do crime consubstanciada em expressões genéricas do tipo, 'apreensão no meio social', 'reflexos negativos e traumáticos na vida da sociedade', 'sentimento de impunidade e de insegurança', não afirmando, concretamente, de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública.

3. Ademais, o fato de o delito ter sido amplamente noticiado na imprensa local e estadual, não é, por si só, fundamento suficiente para a determinação de segregação cautelar.

4. Ordem concedida."

(HC 206.726/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 26/09/2011)

"Processo de competência do júri (caso). Prisão preventiva (caráter provisório). Fundamentação (falta).

1. A prisão provisória só há de ser imposta por meio de decisão fundamentada, por exemplo, no caso da preventiva, o despacho (ou a decisão) que a decretar 'será sempre fundamentado'.

2. Tal é o que, de igual sorte, acontecerá com a decisão que, ao receber a denúncia, decreta a prisão preventiva, se e quando o juiz entender que, recolhido à prisão, o réu haverá de aguardar o julgamento pelo tribunal do júri.

3. Tratando-se de decisão (que fez recair prisão provisória sobre o réu) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do *habeas corpus*.

4. Ordem concedida."

(HC 77.409/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2008, DJe 22/09/2008)

"HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. PRESERVAÇÃO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. A falta de demonstração, efetiva e concreta, das causas legais da prisão preventiva, caracteriza constrangimento ilegal manifesto, tal como ocorre quando o Juiz se limita a invocar a necessidade de garantir a ordem pública, sem base, contudo, em qualquer fato concreto.

3. O decreto de prisão preventiva há de substanciar-se no fato-crime e no homem-autor concretos, não bastando, como não basta, a invocação da gravidade abstrata do crime.

4. Ordem concedida."

(HC 80.870/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 29/11/2007, DJ 11/02/2008 p. 1)

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DO JUIZ SINGULAR BASEADA EM ELEMENTOS ABSTRATOS E GENÉRICOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, desde que a aplicação da medida esteja alicerçada em sólidos elementos.

2. No caso, o decreto prisional encontra-se fundamentado em considerações de ordem genérica, não apontando nenhuma circunstância concreta, relativa ao paciente, que levasse à necessidade de sua segregação, a não ser a gravidade abstrata da acusação sobre ele recaída. A simples referência a expressões como 'preservação da ordem pública' e 'repercussão social', ou ainda menção ao risco de reiteração, desvinculadas de dados concretos, não legitimam a decretação da custódia cautelar.

3. Incumbe ao magistrado singular o dever de bem fundamentar suas decisões, não cabendo ao Tribunal estadual, notadamente em sede de *habeas corpus*, ação constitucional que visa tutelar exclusivamente os direitos do réu, inovar na fundamentação, sanando eventual vício cometido em primeira instância, a fim de justificar a necessidade da medida extrema. Precedentes.

4. Ordem concedida para, confirmando a liminar, garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova prisão ou imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se demonstrada sua necessidade."

(HC 207.717/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 22/03/2012)

"Sentença condenatória (expedição de mandado). Prisão (caráter provisório). Réu solto (caso). Apelação em liberdade (possibilidade). Recursos (esgotamento). Condenação (trânsito em julgado).

1. Antes de a sentença penal condenatória transitar em julgado, a prisão dela decorrente tem a natureza de medida cautelar, a saber, de prisão provisória – classe de que são espécies a prisão em flagrante, a temporária, a preventiva, etc.

2. Presume-se que toda pessoa é inocente, isto é, não será considerada culpada até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, princípio que, de tão eterno e de tão inevitável, prescindiria de norma escrita para tê-lo inscrito no ordenamento jurídico.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. É da jurisprudência da 6ª Turma do Superior Tribunal que o réu, já em liberdade, em liberdade permanecerá até que se esgotem os recursos de índole ordinária e extraordinária.

4. Ordem de *habeas corpus* concedida em parte, para que o paciente permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória."

(HC 54.602/MG, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJe 31/03/2008)

Ante o exposto, **julgo parcialmente prejudicado** o *habeas corpus* e, no mais, **dele não conheço**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, ratificando a liminar outrora deferida, a fim de que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado do Processo n.º 0999837-12.2011.8.19.0002, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0058108-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 236.921 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 16682011 9998371220118190002

EM MESA

JULGADO: 24/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
ADVOGADO : IRACEMA VAZ RAMOS LEAL - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : MARCIA CRISTINA CHAVES

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, julgou parcialmente prejudicado o pedido e, no mais, dele não conheceu, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães e Rogerio Schietti Cruz votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.