



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.825 - SP (2012/0157204-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : GÉSIUS GRECCO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS RODRIGUES (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. IMPETRAÇÃO QUE NÃO PODE SER CONHECIDA. CONCESSÃO DA ORDEM *EX OFFICIO*, ENTRETANTO, QUE SE IMPÕE. TRÁFICO DE DROGAS. **PACIENTE QUE SE ENCONTRAVA EM LIBERDADE QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.** CUSTÓDIA CAUTELAR DETERMINADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE QUE PREVALECE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Como já é de amplo conhecimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, previstas na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade. É o que ocorre no caso, em que a segregação imposta é ilegal.

3. O Paciente foi preso em flagrante em 06 de setembro de 2009 e solto pelo juiz processante em 24 de março de 2011, após quase um ano e sete meses. Determinada nova prisão na sentença, o mandado foi cumprido em 18 de abril de 2012 (mais um ano e quatro meses). **Portanto, o Paciente já cumpriu quase 3 anos de pena, do total de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.**

4. É flagrantemente ilegal a segregação processual imposta ao Paciente, o qual se encontrava em liberdade quando da prolação da sentença. Outrossim, a fundamentação do decreto prisional mostra-se inidôneo, mormente por basear-se em argumentos genéricos.

5. Ora, "[e]m matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória." (STF, HC 101.705/BA, 2.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 03/09/2010).

6. Outrossim, "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 26/02/2010).

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

ACÓRDÃO

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 unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.825 - SP (2012/0157204-4)

IMPETRANTE : GÉSIUS GRECCO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JOÃO MARCOS RODRIGUES (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de JOÃO MARCOS RODRIGUES – preso em flagrante em 06/09/2009 e, posteriormente, denunciado e condenado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06 –, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do HC n.º 0090027-15.2012.8.26.0000.

Alega-se, em suma, que não estão presentes os requisitos legais para o decreto da prisão cautelar e que a vedação à liberdade provisória no delito de tráfico foi julgada inconstitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Requer-se, por isso, liminarmente e no mérito, "*seja relaxada a prisão, concedendo-se a liberdade provisória*" (fl. 15) ao Paciente.

Indeferi a liminar às fls. 181/182.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 191/192, com juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 285/291, pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 249.825 - SP (2012/0157204-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O DO STF. IMPETRAÇÃO QUE NÃO PODE SER CONHECIDA. CONCESSÃO DA ORDEM *EX OFFICIO*, ENTRETANTO, QUE SE IMPÕE. TRÁFICO DE DROGAS. **PACIENTE QUE SE ENCONTRAVA EM LIBERDADE QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA.** CUSTÓDIA CAUTELAR DETERMINADA NO ÉDITO CONDENATÓRIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ILEGALIDADE. PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE QUE PREVALECE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Como já é de amplo conhecimento, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência da Suprema Corte e deste Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, previstas na Constituição da República.

2. Entretanto, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade. É o que ocorre no caso, em que a segregação imposta é ilegal.

3. O Paciente foi preso em flagrante em 06 de setembro de 2009 e solto pelo juiz processante em 24 de março de 2011, após quase um ano e sete meses. Determinada nova prisão na sentença, o mandado foi cumprido em 18 de abril de 2012 (mais um ano e quatro meses). **Portanto, o Paciente já cumpriu quase 3 anos de pena, do total de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.**

4. É flagrantemente ilegal a segregação processual imposta ao Paciente, o qual se encontrava em liberdade quando da prolação da sentença. Outrossim, a fundamentação do decreto prisional mostra-se inidôneo, mormente por basear-se em argumentos genéricos.

5. Ora, "[e]m matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória." (STF, HC 101.705/BA, 2.^a Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 03/09/2010).

6. Outrossim, "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" (HC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. EROS GRAU, DJe de 26/02/2010).

7. *Writ* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora):

Antes de passar ao voto, insta mencionar que, na hipótese, o Paciente foi preso em flagrante em 06 de setembro de 2009 e solto pelo juiz processante em 24 de março de 2011, após quase um ano e sete meses. Determinada nova prisão na sentença, o mandado foi cumprido em 18 de abril de 2012 (mais um ano e quatro meses). **Portanto, o Paciente já cumpriu quase 3 anos de pena, do total de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão.**

O *writ* não pode ser conhecido.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Por outro lado, a impetração de *writ* substitutivo de recurso ordinário em *habeas corpus* não impede a concessão de ordem de ofício no caso de flagrante ilegalidade – **o que ocorre na espécie.**

Explicita-se que no caso o ora Acautelado foi preso em flagrante delito no dia 06 de setembro de 2009 e, posteriormente, denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, nos seguintes termos da exordial acusatória, *in verbis* (fls. 17/20):

"Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 06 de setembro de 2009, por volta de 01 hora e 30 minutos, no Terminal Rodoviário de São José do Rio Preto, situado na Praça Paul Harris Perci, naquele Município e Comarca de São José do Rio Preto, os acusados WELLINGTON, JOÃO MARCOS e MARIANA foram surpreendidos pela Polícia no momento em que WELLINGTON e JOÃO MARCOS buscavam MARIANA, a qual vinha de São Paulo Capital, transportando cerca de 987,1 gramas de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme laudo de fls. 29/33, que era destinada ao tráfico. A droga foi adquirida por WELLINGTON por intermédio do acusado EMERSON, que se encontra preso na Penitenciária do Município de Presidente Bernardes – SP.

É dos autos que a DISE de Votuporanga dispunha de informações de que WELLINGTON, residente e estabelecido neste Município, estava traficando drogas. Através de interceptação telefônica autorizadas pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Juíza de Direito da 4ª Vara de Votuporanga, os policiais descobriram que WELLINGTON adquirira cerca de 01 quilo de cocaína de EMERSON, na semana anterior aos fatos narrados nestes autos.

Sabendo que a droga seria trazida pela acusada MARIANA de São Paulo para São José do Rio Preto, os policiais da DISE local se deslocaram para aquele município e comarca, onde passaram a observar as pessoas que desciam dos ônibus vindos de São Paulo.

Por volta das 23 horas e 30 minutos do dia 05 de setembro de 2009, MARIANA, até então desconhecida dos policiais, desceu de um dos ônibus vindos da capital. Ela foi até um orelhão existente no local, de onde telefonou para o celular de WELLINGTON, que estava sendo monitorado, avisando-o de sua chegada. WELLINGTON pediu a ela que aguardasse combinando local para esperar, pois logo chegaria.

Então, por volta de 01 hora e 30 minutos, do dia 06 de setembro de 2009, os acusados WELLINGTON e JOÃO MARCOS chegaram ao local a bordo do FIAT/PALIO, modelo ED, cor azul, placa CND-2800/Votuporanga – SP, dirigido por este acusado, parando o veículo no exato local onde estava MARIANA.

No momento em que WELLINGTON saiu do veículo e movimentava o banco traseiro para que MARIANA ocupasse o assento traseiro do carro, foram abordados pela Polícia e presos em flagrante.

Em poder de MARIANA os policiais encontraram a droga, que estava no interior da bolsa que trazia consigo, embalada em caixa de café papel de presente. Também encontraram em poder dela o aparelho de telefone celular n.º (19) 8233-3955, com o qual fazia contatos com WELLINGTON, e um bilhete contendo o número de telefone celular usado por WELLINGTON.

Assim, a WELLINGTON coube adquirir a droga de EMERSON e ir buscá-la na Rodoviária de São José do Rio Preto. A MARIANA coube transportar a droga de São Paulo a São José do Rio Preto. A JOÃO MARCOS coube, usando seu veículo, levar WELLINGTON até São José do Rio Preto e buscar MARIANA e a droga naquele local. Por fim, a EMERSON coube, do interior do presídio onde se encontra, intermediar, através do telefone celular n.º (17) 9163-4506, que estava sendo monitorado em razão de interceptação telefônica autorizada nos autos n.º 339/09, em trâmite pela 1ª Vara de Votuporanga, a venda de droga para WELLINGTON." (grifei.)

Em audiência de instrução, realizada em 24 de março de 2011, foi expedido alvará de soltura em favor de todos os Denunciados, sob o fundamento de excesso de prazo na formação da culpa.

Já no dia 09 de abril de 2012, foi proferida sentença penal em que se condenou o Paciente às penas de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, mais 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, ao que consta da dosimetria penal assim fundamentada, *in verbis* (fls. 72/73):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Passo a dosar a pena para JOÃO MARCOS RODRIGUES. Atento às diretrizes do art. 59 do Código Penal e às do art. 42 da Lei n.º 11.343/06, máxime quanto à necessidade de prevenção e repressão do crime, observo que a culpabilidade comum à espécie. O réu não possui maus antecedentes de acordo com a Súmula n.º 444, do STJ. Sobre a conduta social e a personalidade do acusado, não existem elementos suficientes à valoração percuente. Os motivos são próprios à espécie. As circunstâncias devem ser consideradas nocivas, considerando a quantidade de droga apreendida, qual seja, aproximadamente 01 quilo de cocaína, o que daria para confeccionar a considerável quantia de quase 5.000 porções para a venda. As consequências foram mínimas já que a prisão em flagrante impediu a disseminação na sociedade dessa quantidade expressiva de substâncias entorpecentes. Razões pelas quais fixo a pena-base acima do mínimo legal, em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes, atenuantes, causas de aumento de pena a serem apreciadas. Do mesmo modo não se vislumbra a aplicação de causas de diminuição de pena, especialmente aquela prevista no § 4º do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, já que se verificaram diversas conversas entre JOÃO MARCOS e WELLINGTON acerca de negócios envolvendo o tráfico de entorpecentes, de maneira que torno definitiva a pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa.

Outrossim, na mesma decisão, não se reconheceu o direito do Sentenciado de recorrer em liberdade, consignando o Juízo processante o que se segue, *ipsis litteris* (fls. 77/78):

"Não reconheço aos réus EMERSON CLEBER TORRES, JOÃO MARCOS RODRIGUES e MARIANA APARECIDA DA SILVA o direito de recorrer em liberdade. O crime pelos quais estão sendo condenados é gravíssimo e equiparado a hediondo, tanto que, aguardaram praticamente todo o trâmite processual presos, somente tendo sido beneficiados com a liberdade provisória em virtude do adiamento, por duas vezes seguidas, da audiência de instrução, não fazendo sentido que, após condenados, sejam mantidos em liberdade para recorrer. Acrescente-se que o regime inicial de cumprimento da pena dos acusados foi fixado no fechado, não sendo, pois, incompatível com o encarceramento cautelar. Ademais, observam-se presentes os requisitos dos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, mostrando-se indispensável à decretação de prisão preventiva aos réus, como forma de garantia à ordem pública, decorrente do grave risco à incolumidade social e à credibilidade da Justiça, à manutenção em liberdade dos condenados [sic], bem como da possibilidade de que venham novamente a delinquir enquanto não cumprirem as penas, à vista dos motivos já expostos na dosimetria da pena. Para tanto, expeçam-se os respectivos mandados de prisão preventiva."

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser legal as razões de decidir do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magistrado singular, ao denegar a ordem lá requerida, nos termos do voto condutor (fl. 23):

"O paciente respondia preso ao processo e foi beneficiado por decisão que reconheceu excesso de prazo na formação da culpa, tendo permanecido solto ao longo de parte do processo.

*Entretanto, quando da prolação da sentença, **o magistrado justificou adequadamente a denegação do direito ao apelo em liberdade e, portanto, não existe contrangimento ilegal neste ponto.***

Observe-se que a decisão anterior reconheceu excesso de prazo mas não afastou a legalidade da prisão cautelar.

Assim sendo, denego a ordem impetrada em favor de João Marcos Rodrigues. Comunique-se."

Com efeito, esta Corte tem entendimento assente de que o direito de apelar em liberdade, via de regra, assiste ao condenado que permaneceu livre durante o curso da instrução criminal, tendo em vista a ausência dos requisitos da prisão preventiva. De outra banda, se o réu ficou recolhido à prisão durante o *iter* processual, nessa condição exercerá seu direito de recorrer da decisão condenatória.

Verifica-se que ambas as conclusões partem do mesmo pressuposto: o direito de responder ao processo em liberdade perdura apenas enquanto não houver modificação fática que importe o preenchimento dos requisitos da prisão preventiva.

No caso, o Paciente, preso em flagrante, teve sua prisão relaxada em razão de excesso de prazo na instrução criminal (fls. 30/31), com a posterior prolação de sentença condenatória.

Diante disso, vê-se que a situação dos autos é peculiar, não se amoldando a nenhuma das hipóteses anteriormente descritas pois, no caso, embora o Paciente tenha permanecido em liberdade durante parte do processo, tal não decorreu de decisão que considerou ausentes os requisitos da prisão preventiva.

Por outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, fixou o entendimento de que a custódia cautelar – antes do trânsito em julgado da condenação –, só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas 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 "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 STF não pode ser lograda a esse 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 STF 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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe de 26/02/2010; grifei.)

A referida orientação deve ser adotada por todos os Tribunais Pátrios, como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência, passando a exigir-se fundamentação explícita para a prisão processual, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, afastando-se a idéia de "prisão provisória obrigatória", assim entendida aquela decorrente do regramento disposto no art. 594 do mesmo diploma legal, que, aliás foi revogado pela Lei n.º 11.719/2008.

Desse modo, se o réu encontrava-se em liberdade, não tendo sido demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tem o direito de assim permanecer até o eventual trânsito em julgado da condenação.

Mais. A sucinta fundamentação para a decretação de sua prisão foi inidônea, baseada tão somente no fato de ter sido fixado regime prisional inicial fechado e em demais argumentos genéricos.

Sobressai, por conseguinte, a impropriedade do decreto prisional no presente caso, pois a segregação cautelar deve ser fundada em fatos concretos indicadores da sua real necessidade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Confiram-se, por oportuno, os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

"HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSIDERADA TÃO-SÓ A GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO AO DECRETO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em matéria de prisão processual, a garantia constitucional da fundamentação do provimento judicial importa o dever da real ou efetiva demonstração de que a segregação atende a pelo menos um dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sem o que se dá a inversão da lógica elementar da Constituição, segundo a qual a presunção de não-culpabilidade é de prevalecer até o momento do trânsito em julgado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sentença penal condenatória.

2. *A mera referência vernacular à garantia da ordem pública não tem a força de corresponder à teleologia do art. 312 do CPP. Até porque, no julgamento do HC 84.078, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu inconstitucional a execução provisória da pena. Na oportunidade, assentou-se que o cumprimento antecipado da sanção penal ofende o direito constitucional à presunção de não-culpabilidade. Direito subjetivo do indivíduo que tem a sua força quebrantada numa única passagem da Constituição Federal. Leia-se: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º).*

3. *Esta nossa Corte entende que a simples alusão à gravidade do delito ou a expressões de mero apelo retórico não valida a ordem de prisão cautelar. Isso porque o juízo de que determinada pessoa encarna verdadeiro risco à coletividade só é de ser feito com base no quadro fático da causa e, nele, fundamentado o respectivo decreto de prisão cautelar. Sem o que não se demonstra o necessário vínculo operacional entre a necessidade do confinamento cautelar do acusado e o efetivo acautelamento do meio social.*

4. *Ordem concedida.*" (STF, HC 101.705/BA, 2.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 03/09/2010).

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU, EM LIBERDADE, O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. *No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isto por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não-culpabilidade.*

2. *Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e do artigo 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não-culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF).*

3. *Na concreta situação dos autos, contra o paciente que aguardou em liberdade o julgamento da apelação interposta pela defesa foi expedido mandado de prisão sem nenhum fundamento idôneo.*

4. *Ordem concedida.*" (HC 93.062, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJe de 12/03/2009.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Relembre-se: no caso, **o Paciente encontrava-se em liberdade quando da prolação da sentença.**

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da impetração. Entretanto, CONCEDO ordem de *habeas corpus* de ofício, para determinar a expedição de alvará de soltura em favor do Paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2012/0157204-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 249.825 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1181277720128260000 3742009 6640120090150023 900271520128260000

EM MESA

JULGADO: 27/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: GÉBUS GRECCO E OUTRO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JOÃO MARCOS RODRIGUES (PRESO)
CORRÉU	: WELLINGTON NOGUEIRA DIAS
CORRÉU	: MARIANA APARECIDA DA SILVA
CORRÉU	: EMERSON CLEBER TORRES

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 unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR) e Marilza Maynard (Desembargadora convocado do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.