



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.331 - SP (2013/0171600-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO
ADVOGADO : DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E B M

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).
2. A prisão cautelar é medida excepcional de privação de liberdade, que, além das circunstâncias obrigatórias, exige concreta fundamentação de riscos ao processo ou à sociedade, taxativamente elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.
3. Tendo o paciente respondido ao processo em liberdade, somente poderia ser preso, antes do trânsito em julgado, caso sobreviesse circunstância que justificasse a segregação cautelar, em decisão devidamente fundamentada.
4. Embora não seja conferido efeito suspensivo ao recurso especial, a ausência dessa previsão, por si só, não acarreta a execução provisória da pena quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.
5. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para que possa o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação condenação, se por outro motivo não estiver preso.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de setembro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.331 - SP (2013/0171600-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO
ADVOGADO : DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E B M

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de E. B. M., apontando como autoridade coatora a 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal 0001725-83.2009.8.26.0430).

Depreende-se dos autos que o paciente, com outros 5 (cinco) corréus, foi condenado, em 1º Grau, à pena de 11 (onze) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 214 c/c os arts. 223, *caput*, 224, "a", 225, § 1º, I, e 71, todos do Código Penal, sendo-lhe permitido recorrer em liberdade (fls. 2.266/2.296).

Irresignada, a defesa manejou Apelação Criminal perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, determinando a expedição de mandado de prisão, em desfavor do paciente (fls. 2.735/2.744).

Segundo consta a tal *decisum*, foram opostos Embargos de Declaração, pela defesa, ainda pendentes de julgamento, pelo Tribunal *a quo*.

Sustentam os impetrantes que o Tribunal de origem, *de ofício, sem fundamentação, e em julgamento de recurso interposto exclusivamente pela defesa, decretaram a prisão preventiva do paciente, que, há mais de 1 (um) ano e 6 (seis) meses se encontra em plena liberdade, exercendo atividade laborativa, determinando, com efeito, a expedição de mandado de prisão, ocasionando-lhe patente constrangimento ilegal, em completa afronta ao princípio constitucional do estado de inocência*" (fl. 2).

Acrescentam que *ao decretar a prisão preventiva do paciente, (...) sequer houve a menção à insuficiência das medidas cautelares pessoais diversas da prisão, para se dizer o mínimo* (fl. 4).

Aduzem que *se trata de uma verdadeira afronta, um desrespeito às normas vigentes, uma ignorância à jurisprudência desta Corte e uma verdadeira desconsideração ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade* (fl. 4).

Alegam que *não surgiu nenhum fato novo a ensejar a necessidade de decretação da prisão preventiva do paciente, mas apenas o fato de não ser dado provimento ao recurso de apelação, em acórdão que já foi objeto de recurso* (fl. 5).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Asseveram que o paciente se encontra solto, é primário, não possui antecedentes criminais, possui residência fixa, emprego fixo, não possui inquéritos policiais ou ações penais em curso contra sua pessoa (fl. 8e).

Sustentam, ainda, que atualmente o que se espera do Poder Judiciário é que demonstre motivadamente a necessidade/desnecessidade e a adequação/desproporcionalidade das medidas cautelares diversas da prisão, no caso concreto (fl. 15).

Requerem, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que se determine a revogação da prisão preventiva do paciente, expedindo-se o competente contramandado de prisão ou, ao menos, que haja a substituição da desmedida prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP, para que possa o paciente aguardar o trânsito em julgado do feito em liberdade (fl. 25) .

Pugnam, ainda, a intimação da data da sessão de julgamento, para sustentação oral.

O pedido de liminar foi deferido pela Ministra ASSUSETTE MAGALHÃES (fls. 4.706.4.710).

As informações foram prestadas pelo Tribunal de origem (fls. 4.719/4.758) e pelo Juízo de 1º Grau (fls. 4.719/4.720).

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem (fls. 4.761/4.765).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 271.331 - SP (2013/0171600-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator) :

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

A prisão cautelar é medida excepcional de privação de liberdade, que, além das circunstâncias obrigatórias, exige concreta fundamentação de riscos ao processo ou à sociedade, taxativamente elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Depreende-se dos autos que a sentença permitiu ao réu, ora paciente, o direito de apelar em liberdade, de vez que assim respondeu ao processo (fl. 2296):

Os réus são primários. Responderam o processo em liberdade. Não vislumbro a necessidade de suas segregações, agora. Por isso, concedo-lhes o direito de recorrer em liberdade.

O acórdão impugnado, contudo, determinou a expedição de mandado de prisão, nos seguintes termos (fl. 2744e):

Finalmente, para atender o disposto pelo artigo 617 do Estatuto de Rito, registro que os apelantes, que aguardavam soltos o julgamento dos reclamos, precisam ser agora segregados, a fim de que não restem frustradas as finalidades que, modernamente, se atribuem à sanção criminal, quais sejam, a prevenção do crime – geral e especial – e a ressocialização do delinquente, preponderando sobre o caráter meramente retributivo da reprimenda.

A propósito, nunca é demais lembrar que, "mantida a sentença condenatória contra a qual a ré apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que o órgão julgador de segundo grau



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determina se expeça" (JSTF 257/349).

Nestas condições, NEGO PROVIMENTO aos recursos. Expeçam-se e cumpram-se mandados de prisão em desfavor de (...) e E. B. M.

Em consulta processual ao andamento da ação penal em questão, na página eletrônica do Tribunal *a quo*, obteve-se a informação de que o recurso especial interposto pela defesa foi inadmitido. Irresignado com o *decisum*, foi interposto agravo em recurso especial, que se encontra em fase de processamento (fls. 4.769/4.771).

Feito esse esclarecimento, verifica-se do trecho acima transcrito, que a decretação da prisão do paciente – em recurso interposto exclusivamente pela defesa –, encontra-se destituída de fundamentação idônea, não se referindo a quaisquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, conforme previsto no art. 312 do CPP.

Assim, consoante jurisprudência desta Corte, encontrando-se o paciente em liberdade, somente poderia ser preso, antes do trânsito em julgado, caso sobreviesse circunstância que justificasse a segregação cautelar, o que não é o caso dos autos.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE CONCEDIDO. APELO DA DEFESA DESPROVIDO. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT 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. No presente mandamus, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É vedada, em princípio, a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência.

3. Se o processo ainda não alcançou termo, não havendo qualquer alteração processual a revelar necessidade de encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida, ex officio, confirmada a liminar deferida, para que o Paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que se 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.

(HC 281.409/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA QUE DEIXOU DE VEDAR AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 312 DO CPP. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

I - A prisão cautelar, nos termos do art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República, é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada quando os motivos do caso concreto, devidamente fundamentados no art. 312 do Código de Processo Penal, demonstrarem a sua imprescindibilidade, o que não aconteceu no caso em tela.

II - Não havendo recurso da Acusação contra a sentença que deixou de vedar ao Paciente o direito de recorrer em liberdade, o Tribunal de origem não poderia determinar a expedição de mandado de prisão, sem antes apontar, expressamente, a necessidade da segregação antecipada, indicando seus requisitos autorizadores. Precedentes.

III - Não havendo qualquer alteração processual a revelar necessidade de encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade antes do trânsito em julgado da condenação.

IV - Ordem concedida para, confirmando a liminar, assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade a tramitação da ação penal, ressalvada a possibilidade de expedição de novo decreto de prisão, devidamente fundamentado, no caso do surgimento de novos fatos que autorizem a custódia cautelar.

(HC 284.308/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 14/04/2014)

Ressalte-se, ainda, entendimento firmado por esta Corte, no sentido de que embora não seja conferido efeito suspensivo ao recurso especial, a ausência dessa previsão, por si só, não acarreta a execução provisória da pena quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal.

Atente-se aos seguintes julgados desta Corte:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO. NÃO OCORRÊNCIA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. ÓBICE UTILIZADO, NA DECISÃO AGRAVADA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DESCABIMENTO. PRISÃO CAUTELAR DECRETADA, SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, NO JULGAMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. É tempestivo o Agravo de Instrumento interposto no prazo de 5 (cinco) dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/90.

II. A decisão agravada reconheceu que a pretensão de absolvição do crime de associação para o tráfico encontra óbice na Súmula 7 do STJ, tal como alegado pelo ora agravante.

III. A análise da divergência jurisprudencial, nos termos do art.

541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RISTJ, exige a demonstração do dissídio, com a realização do cotejo analítico entre os acórdãos, nos termos legais e regimentais, não bastando a mera transcrição de ementas, bem como a juntada de certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade, pelo próprio advogado, ou a citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os julgados se achem publicados, procedimento adotado, pela parte ora agravada.

IV. Hipótese em que, ao réu, foi permitido, pela sentença, o apelo em liberdade. O Tribunal de 2º Grau, no julgamento de Apelação exclusiva da defesa, decretou a prisão cautelar do réu, sem qualquer fundamentação, antes do trânsito em julgado da condenação.

V. A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011).

VII. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA E EXCESSO DE PRAZO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO DECRETADA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. EFEITOS DA SENTENÇA E GARANTIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. EVIDENTE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA. CONSTRIÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. NATUREZA CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO EM DADOS CONCRETOS. NECESSIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXCESSO DE PRAZO. FUNDAMENTO SUPERADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Dado o mandamento de o juiz fundamentar a decretação ou manutenção da custódia na sentença condenatória (art. 387, parágrafo único, do CPP), o fundamento consistente no fato de a prisão ser mero efeito da condenação, desvinculado de dado concreto que justifique a constrição, não subsiste.

2. Prolatada a sentença e, obviamente, terminada a instrução criminal, não persiste nenhum fundamento consubstanciado na garantia da instrução criminal, requisito superado pela sentença condenatória.

3. A superveniência de julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa, que nenhuma menção fez à necessidade de segregação cautelar do paciente, não torna prejudicado o writ quando evidenciada a interposição de recurso especial, impedindo o trânsito em julgado da condenação, pois inexistente novo título judicial devidamente fundamentado a justificar a constrição do paciente, que, antes do trânsito em julgado, é de natureza cautelar.

4. A ausência de atribuição de efeito suspensivo aos recursos especial e extraordinário não induz, necessariamente, a execução provisória da pena imposta, devendo, portanto, a constrição estar fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, sob pena de ilegal constrangimento.

5. Verificada a superveniência do julgamento da apelação criminal interposta pela defesa e reconhecida a ausência de fundamentação na decisão que manteve a custódia cautelar do paciente na sentença condenatória, resta duplamente superado o fundamento consistente em constrangimento ilegal por excesso de prazo para o julgamento do recurso.

6. Ordem concedida.

(HC 153.570/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011)

Ante o exposto, voto por não conhecer do writ e conceder a ordem de ofício, confirmando a liminar concedida, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso. Ressalva-se ainda a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, caso demonstrada a necessidade, sem prejuízo também da fixação de medida cautelar diversa da prisão, nos termos da Lei n. 12.403/11.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0171600-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 271.331 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017258320098260430 17258320098260430 5702009

EM MESA

JULGADO: 18/09/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO
ADVOGADO	: DANIELA MARINHO SCABBIA CURY E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: E B M
CORRÉU	: G T F
CORRÉU	: B R D A S S
CORRÉU	: F J P
CORRÉU	: N C S R
CORRÉU	: G A D A S
CORRÉU	: D I B
CORRÉU	: E G G

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.