



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.191 - PR (2013/0397612-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : OSVANIL APARECIDO PELEGRINI
ADVOGADOS : EDYWAN DIAS DOS SANTOS
ANDERSON CRUZ TAVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. 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.
2. Hipótese em que se verifica flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão processual decorrente de sentença penal condenatória recorrível não subsiste na atual ordem jurídica, devendo a custódia ser decretada apenas se houver justificativa concreta para tanto, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.
3. *In casu*, o réu permaneceu solto durante a instrução criminal e a segregação foi determinada na sentença, em razão da gravidade dos fatos cometidos, reincidência e maus antecedentes, sem relacionar qualquer outro motivo para a segregação. Todavia, essas características já existiam desde o início do processo. Se não foram suficientes para o encarceramento, durante a instrução, não podem, agora, após a condenação, erigirem-se com aptidão para tal.
4. A fuga do distrito da culpa, diante de decreto prisional marcado pela carência de fundamentação, não corporifica, por si só, o risco para aplicação da lei penal.
5. Recurso provido para assegurar ao recorrente o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade, 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: A Sexta Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), que negavam provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 05 de agosto de 2014(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.191 - PR (2013/0397612-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : OSVANIL APARECIDO PELEGRINI
ADVOGADOS : EDYWAN DIAS DOS SANTOS
ANDERSON CRUZ TAVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário, com pedido liminar, interposto por Osvanil Aparecido Pelegrini contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou a ordem no *habeas corpus* impetrado pelo recorrente, assim ementado:

HABEAS CORPUS. ART. 157, §2º I E II DO CÓDIGO PENAL (4 VEZES). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO PUGNANDO O DIREITO DE O PACIENTE RECORRER EM LIBERDADE. DECISÃO JUDICIAL QUE JUSTIFICOU A MEDIDA CONSTRITIVA. ESTADO DE SAÚDE. FRAGILIDADE. SITUAÇÃO QUE NÃO AUTORIZA A MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO, POR NÃO TER O PACIENTE OBEDECIDO ORDEM JUDICIAL. MANDADO DE PRISÃO QUE PERMANECE SEM CUMPRIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

Sustenta o recorrente que possui direito de recorrer em liberdade ao argumento, em suma, de que configura constrangimento ilegal a manutenção da prisão do réu que respondeu solto à ação penal sem causar qualquer embaraço ao trâmite processual.

Aduz, outrossim, que "o paciente não fala, não anda e mal consegue se movimentar, pois foi vítima de um acidente cardiovascular que tirou dele toda a movimentação do lado direito do corpo, bem como a possibilidade de locomoção e a fala, ou seja, não oferece qualquer risco a ordem pública, nem a entrega da tutela jurisdicional."

Requer no mérito a concessão da ordem com a expedição de salvo-conduto.

Liminar indeferida às fls. 311/313.

Informações prestadas às fls. 324/325.

O Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Eliane Menezes de Farias, pelo não provimento do recurso (fls. 318/322).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.191 - PR (2013/0397612-4)

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ROUBO. PRISÃO CAUTELAR. DECISÃO FUNDAMENTOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. 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.

2. Hipótese em que se verifica flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A prisão processual decorrente de sentença penal condenatória recorrível não subsiste na atual ordem jurídica, devendo a custódia ser decretada apenas se houver justificativa concreta para tanto, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

3. *In casu*, o réu permaneceu solto durante a instrução criminal e a segregação foi determinada na sentença, em razão da gravidade dos fatos cometidos, reincidência e maus antecedentes, sem relacionar qualquer outro motivo para a segregação. Todavia, essas características já existiam desde o início do processo. Se não foram suficientes para o encarceramento, durante a instrução, não podem, agora, após a condenação, erigirem-se com aptidão para tal.

4. A fuga do distrito da culpa, diante de decreto prisional marcado pela carência de fundamentação, não corporifica, por si só, o risco para aplicação da lei penal.

5. Recurso provido para assegurar ao recorrente o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relator):

Pretende o recorrente ver reconhecida a inadequação dos fundamentos empregados para justificar o seu encarceramento.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado em uma primeira decisão (fls. 59/72), objeto de recurso de apelação (Apelação Criminal 717234-1), cujo julgamento colegiado, reconheceu, de ofício, nulidade insanável sendo então a sentença condenatória anulada para que nova decisão fosse prolatada pelo juízo processante, o que ocorreu em 7 de fevereiro de 2013 (fls. 98/130).

Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 n.º 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)

In casu, eis os fundamentos da nova sentença condenatória, que decretou a prisão do recorrente, no que interessa (fls. 129/130):

“O *modus operandi* utilizado, a gravidade concreta do crime por eles praticados e o número de delitos praticados pelos réus, além de suas incontáveis passagens pretéritas pelo sistema penal que demonstram a periculosidade destes não deixam dúvidas do risco à ordem pública que a liberdade deles impõe.

Ainda, considerando o montante apenatório fixado e sendo-lhe fixado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime inicial de cumprimento de pena como FECHADO, entendo, além de ainda necessária a custódia cautelar como forma de garantir a ordem pública e aplicabilidade da lei penal, a prisão preventiva plenamente necessária e adequada à pena fixada, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal.

Não concedo o direito de recorrer em liberdade.

DECRETO A PRISÃO PREVENTIVA DE OSVANIL APARECIDO PELEGRINI. AILTON MODESTO DA SILVA e DIRCEU ANTONIO RAMOS.” (Grifei)

O Tribunal manteve a custódia nos mesmos moldes da instância precedente, apresentando os seguintes fundamentos, *in verbis* (fls. 270/273):

“(…) Assim, o fato é que na nova decisão condenatória o magistrado sentenciante decretou a prisão preventiva, vedando o direito de o paciente recorrer em liberdade, de forma fundamentada.

Destacou em sua decisão que **o *modus operandi* empregado pelos agentes para perpetrar a ação delituosa, os números de delitos praticados pelos réus e as incontáveis passagens pretéritas pelo sistema penal, evidenciam, de forma concreta, a periculosidade social dos agentes.**

(…)

Quanto ao argumento de que o paciente encontra-se com sua saúde fragilizada e que tal condição não traria qualquer abalo para o regular andamento da marcha processual, não merece prosperar.

Na verdade, considerando que a nova sentença condenatória foi proferida no dia 07.02.2013 e que, até o momento (13.06.2013), o mandado prisional continua sem cumprimento, tal situação já é motivo para se concluir que o paciente não está respeitando ordem judicial, sendo certo que os destinatários das ordens emanadas por autoridade judiciária devem acatá-las, principalmente, porque, na espécie, o julgador poderá reconsiderar a prisão decretada, mas se age de forma furtiva, não há como revogar ou substituir a medida imposta.

Em face do exposto, por entender que o paciente não está sofrendo qualquer coação ilegal, voto no sentido de conhecer da impetração, mas denegar a ordem requerida.” (Grifei)

O recorrente respondeu o processo em liberdade. Quando da sentença condenatória (que foi ao depois anulada pelo Tribunal de Justiça), o juiz decretou a prisão preventiva, porém este Superior Tribunal de Justiça concedeu liminar no HC 149.922-PR, para conceder a liberdade provisória ao paciente, sendo ao depois o mérito confirmado pelo colegiado desta Corte Superior, “a fim de 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 o Juízo *a quo*, de maneira fundamentada, examine se é caso de aplicar uma das medidas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelares implementadas pela Lei n.º 12.403/11, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade".

Pois bem. Sobreveio a segunda sentença, também condenatória, que de igual modo decretou a prisão preventiva desprovida de fundamentação idônea, porque lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade, sem que houvesse ocorrido qualquer fato novo, cingindo-se o *decisum* a invocar a gravidade dos fatos cometidos, reincidência e maus antecedentes.

Nesse contexto, tenho por equivocado o entendimento das instâncias ordinárias, porquanto a gravidade do crime, assim como os maus antecedentes e a reincidência já existiam desde o início do processo. Se não foram suficientes para o encarceramento, durante a instrução, não podem, agora, após a condenação, erigirem-se com aptidão para tal.

Não há, portanto, nada de novo para fundamentar a segregação.

Em caso análogo fixei:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA. ILEGALIDADE. SÚMULA Nº 347/STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. É evidente o constrangimento ilegal se a recorrente foi colocada em liberdade em razão do reconhecido excesso de prazo e o magistrado de primeiro grau, ao condená-la, lhe negou o direito de recorrer solta com alusão à garantia da ordem pública, sem apontar qualquer fato concreto que demonstre a imprescindibilidade da medida, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. É pacífica a compreensão desta Corte de que a gravidade genérica do crime ou a reincidência, por si só, não é fundamento hábil a justificar a adoção da medida extrema.

3. Se o magistrado singular deixou de conhecer da apelação formulada pela recorrente porque ela não se recolheu à prisão, é manifesta a ilegalidade, nos termos do enunciado nº 347 do STJ, segundo o qual "o conhecimento de recurso de apelação do réu independe de sua prisão".

4. Recurso provido.

(RHC 20.520/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 26/10/2009)

No mesmo sentido:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. QUADRILHA. APELO EM LIBERDADE NEGADO. MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. ARGUMENTO QUE NÃO SE PRESTA A RESPALDAR A CUSTÓDIA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE FUGA. MERA CONJECTURA. MAUS ANTECEDENTES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. RÉU QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. REGULAR ANDAMENTO DO FEITO. APRESENTAÇÃO ESPONTÂNEA. 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 credibilidade do Poder Judiciário não constitui fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculada de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa, como já anteriormente destacado.

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.

IV. Se o magistrado, ao receber o aditamento à denúncia contra o paciente, decretou sua prisão preventiva e, tendo o réu comparecido espontaneamente à audiência de interrogatório, revogou sua segregação cautelar, não se pode falar em possibilidade concreta de fuga após a condenação, apta a justificar a necessidade da custódia para garantir a aplicação da lei penal.

V. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que a suposta configuração de maus antecedentes, e até mesmo de reincidência, por si só, não basta para respaldar a decretação de prisão cautelar quando da prolação de sentença condenatória, sendo 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. Precedentes.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à negativa do direito do réu de apelar em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, 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 183.426/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. BENEFÍCIO DE APELAR EM LIBERDADE NEGADO. RÉU CUSTODIADO PELA CONDENAÇÃO EM OUTRO FEITO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO.

1. Se o recorrente permaneceu preso em virtude de condenação imposta em outro processo, tal fato não pode, por si só, impedir o seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito de apelar em liberdade, cabendo ao juiz fundamentar concretamente a necessidade da custódia cautelar.

2. "Na linha de precedentes desta Corte, reincidência e maus antecedentes, por si só, não justificam a imposição da prisão para apelar" (HC 74.309/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 10/9/07).

3. Recurso provido para, reformando o acórdão recorrido, garantir ao paciente o direito de apelar em liberdade.

(RHC 22.504/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 03/11/2009)

Ademais, o fato de o recorrente não comparecer em juízo, diante da decretação - ilegal - de prisão preventiva não se traduz, *ipso facto*, em necessidade da prisão como fez crer o acórdão de fls. 270/273. Antes, revela hipótese de exercício regular de direito: oposição ao arbítrio estatal. Este exame remete à classificação de FERRAJOLI: processo cognitivo (convencionalista, garantista, próprio do Direito Penal mínimo) X processo decisionista (substancialista, próprio do Direito Penal máximo), *verbis*:

"De fato, as garantias processuais que circundam a busca da verdade processual no processo cognitivo asseguram a obtenção de uma *verdade mínima* em obediência aos pressupostos da sanção, mas também garantida, graças ao caráter empírico e determinado das hipóteses acusatórias, por cânones de conhecimento como a presunção de não culpabilidade até prova em contrário, o ônus da prova a cargo da acusação, o princípio *in dubio pro reo*, a publicidade do procedimento probatório, o contraditório e o direito de defesa mediante refutação da acusação. Ao contrário, o processo decisionista, e tipicamente inquisitivo, assenta-se em todos os casos na busca da verdade substancial, que por isso se configura como uma *verdade máxima*, perseguida sem qualquer limite normativo aos meios de aquisição das provas e ao mesmo tempo não vinculada, mas discricionária, no mínimo porque a indeterminação das hipóteses de acusação e so seu caráter avaliativo exigem, mais que provas, juízos de valor não contestáveis pela defesa. Nesse segundo modelo o fim (de atingir a verdade qualquer que seja) justifica os meios (os procedimentos quaisquer que sejam); enquanto no primeiro é o fim que é legitimado pelos meios (porque fundado ou garantido por vínculos representados). Compreende-se por isso que as garantias procedimentais configuram *garantias de verdade* além de *garantias de liberdade*: de uma verdade mais reduzida, como dissemos no parágrafo 2.4, mas também mais controlada que as verdades substanciais mais ou menos aprioristicamente intuídas pelo juiz.

A consequência destas diversas técnicas processuais é que no processo de tipo decisionista o princípio de legitimação é constituído imediatamente por juízos de valor. Em um duplo sentido: de um lado, no sentido de valor ou da credibilidade do órgão judicante e, portanto, da fonte de legitimação política do seu poder (soberano, Deus, povo, *experts* e outros); de outro, no sentido dos valores e das avaliações por ele adotados como fundamento de sua decisão (sabedoria, espírito ético, bem comum, interesse nacional e outros). É supérfluo repetir que o caráter valorativo do juízo depende sobretudo da falha da estrita legalidade no direito substancial, em virtude da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual a atividade instrutória não pode ser cognitiva, mas apenas valorativa em relação ao fato, por não ser recognitiva, mas de valor em relação ao direito. Por isso o esquema decisionista costuma ser solidário com o método inquisitório (ainda que não necessariamente esteja excluído dos sistemas acusatórios): com base nele, de fato, é natural que o órgão julgante seja órgão ativo na busca da verdade substancial, informada por critérios essencialmente discricionários; a atividade instrutória pode ser secreta, interessando a decisão justa mais que sua controlabilidade; o papel da defesa resulta irrelevante ou, pior, é visto como um obstáculo ao bom andamento do juízo; o objeto privilegiado do processo não é o fato-crime, mas a personalidade criminosa do réu.

(...)

Diversamente de todas as outras normas e atos jurídicos, cuja condição única de validade é a observância das normas superiores, a legitimidade dos atos jurisdicionais penais, portanto, está condicionada também pela sua verdade processual já ilustrada de 'correspondência aproximativa'. Melhor dizendo, está condicionada pela verdade ou credibilidade, fática ou jurídica, dos discursos assertivos que forma sua motivação. Com efeito, a *falsidade fática* de tais discursos é motivo de impugnação e reforma em sede de *juízo de mérito*; sua *falsidade legal* é motivo de impugnação e reforma também em sede de *juízo de legitimidade*. Em todo caso, a convalidação e a invalidação de um ato jurisdicional, quando não são ditadas por motivos puramente processuais, correspondem diversamente dos juízo de validade ou de invalidade sobre qualquer outro tipo de preceito, a um *ato de verificação* e a um *ato de refutação*. Geralmente, num sistema penal de tipo cognitivo, todos os atos nos quais se exprime o contraditório - contestações, declarações de inocência, depoimentos, confissões, intimações, testemunhos, reconhecimentos, acareações, requisições, sustentações orais, impugnações, exceções e assim por diante - equivalem a momentos de um conflito entre verdades judiciais contrapostas, isto é, entre asserções que enunciam ou sustentam hipóteses acusatórias e asserções que as *contradizem*, contestando assim não apenas sua veracidade como também a validade dos preceitos que as fundamentam.

Verificabilidade e verificação das motivações, como mostrei na primeira parte, são por outro lado as condições constitutivas da estrita legalidade e da estrita submissão à jurisdição das decisões judiciais. E como tais valem para garantir aquele específico direito fundamental que interessa ao direito penal e que é a imunidade do cidadão inocente a punições arbitrárias, disso resulta que o vínculo da verdade processual é também a principal fonte de *legitimação externa, ético-política, ou substancial* do Poder Judiciário, que, diversamente de qualquer outro poder público, não admite uma legitimação de tipo representativo ou consensual, mas apenas uma legitimação de tipo racional e legal, adequada ao caráter cognitivo dos fatos e recognitivo da sua qualificação jurídica, que é indispensável à motivação dos atos jurisdicionais. (...) Não se pode punir um cidadão só porque isso satisfaz a vontade ou o interesse da maioria. Nenhuma maioria, ainda que esmagadora, pode tornar legítima a condenação de um inocente ou sanar um erro cometido em prejuízo de um cidadão, único que seja. E nenhum consenso político - do parlamento, da imprensa, dos partidos ou da opinião pública - pode suprir a prova ausente em uma hipótese acusatória.

(...)

Tudo isso significa que no direito penal, uma vez que a principal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

garantia da liberdade do imputado contra o arbítrio é a taxatividade e portanto a possibilidade de verificação das hipóteses típicas, a fonte de legitimação substancial, seja externa ou interna, se identifica em grande parte com a fonte de legitimação formal proveniente da máxima submissão do juiz à lei." (*Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica *et. al.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 498-502).

Assim, como *ab ovo* a prisão afigurava-se carecedora de fundamentos de cautelaridade, a superveniência da fuga não corporifica a necessidade do encarceramento, pois não se afrontou um comando jurisdicional dotado de legitimidade/legalidade.

Quanto ao exame da liberdade do recorrente em razão do seu estado de saúde, entendo prejudicado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para assegurar ao recorrente o direito de aguardar o julgamento da apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.191 - PR (2013/0397612-4)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

Sr. Presidente, *data venia*, fico vencido. A prevalecer esse entendimento, a omissão do juiz de, no momento oportuno, decretar a prisão cautelar, presentes seus requisitos e pressupostos, o impedirá de prover uma exigência cautelar que justifique a prisão.

À objeção há pouco feita pelo Ministro Néfi Cordeiro, no julgamento do RHC 41001 - que versa questão idêntica - eu retribuiria formulando a seguinte indagação: Um novo juiz que assume o ofício e, ao sentenciar, verifica a necessidade da cautela extrema, não poderá decretar tal medida apenas porque seu antecessor deixou de fazê-lo anteriormente? Parece-me que o juiz poderá, sim, decretar a prisão, pois não se pode retirar do julgador o poder de, a todo instante, avaliar (ou reavaliar) a necessidade ou não de uma providência de natureza cautelar. Não há preclusão *pro iudicato* em hipóteses tais.

No presente caso, aliás, o crime é de roubo, de maior gravidade do que o anteriormente julgado.

Por isso, peço vênias para não acompanhar a Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0397612-4

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 43.191 / PR

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10500380 1050038001 200700001169

EM MESA

JULGADO: 05/08/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : OSVANIL APARECIDO PELEGRINI

ADVOGADOS : EDYWAN DIAS DOS SANTOS

ANDERSON CRUZ TAVEIRA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

CORRÉU : DIRCEU ANTÔNIO RAMOS

CORRÉU : AILTON MODESTO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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 maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora, vencidos os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), que negavam provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.