



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.124 - SP (2013/0100831-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA RIBEIRO
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA LUIZA DOS SANTOS E SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. PENDÊNCIA DE AGRAVO NO STF. MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
3. Ordem concedida para, ratificada a liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 11 de junho de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.124 - SP (2013/0100831-1)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA RIBEIRO
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA LUIZA DOS SANTOS E SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de Maria Luiza dos Santos e Santos em face da 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou a ordem em outro *writ* ali impetrado, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Pretensão de aguardar em liberdade o julgamento de recurso, sem efeito suspensivo, interposto perante o E. Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Sentença condenatória já submetida ao duplo grau de jurisdição. Mandado de prisão corretamente expedido. Aplicação da Súmula 267 do STJ. Writ conhecido parcialmente, com denegação da ordem na parte conhecida.

Sustenta a impetrante, em suma, constrangimento ilegal decorrente de expedição de mandado de prisão em virtude de equívoco na certificação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Alega, para tanto, que do julgamento da apelação criminal foram interpostos recurso especial e recurso extraordinário, ambos inadmitidos, e interpostos os respectivos agravos de instrumento para o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Remetido o agravo que era da competência desta Corte Superior de Justiça, (ARESP nº 79590/SP), não foi ele conhecido em decisão que transitou em julgado em 16 de maio de 2012, após a inadmissão de outro RE aqui interposto.

E, baixados os autos à origem, certificou-se o trânsito em julgado da própria sentença penal condenatória, não obstante ainda pendesse de remessa e julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o agravo anteriormente interposto contra a inadmissão do recurso extraordinário em apelação criminal, que não se confunde com aquele tirado da decisão proferida no âmbito do ARESP.

Requer a concessão de medida liminar para a imediata expedição de alvará de soltura e, ao final, a concessão da ordem, convolvendo-se em definitiva a liminar.

Solicitadas informações ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Paulo acerca do processamento do Agravo de Instrumento tirado da inadmissão do Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão da Apelação Criminal na data de 10 de março de 2011, informou-se que foi indeferido o pedido de revogação do mandado de prisão e foram requisitados os autos da apelação para envio ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do agravo em recurso extraordinário (cf. fl. 102).

O pedido de medida liminar foi deferido, às fls. 137/145, a fim de assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

Com vista dos autos, manifestou-se o Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, pela denegação da ordem (fls. 151/153).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 268.124 - SP (2013/0100831-1)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. PENDÊNCIA DE AGRAVO NO STF. MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR DEFERIDA.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.
2. A expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
3. Ordem concedida para, ratificada a liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A 9ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem em outro *writ* ali impetrado, em acórdão assim ementado:

Habeas Corpus. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e concurso de agentes. Pretensão de aguardar em liberdade o julgamento de recurso, sem efeito suspensivo, interposto perante o E. Supremo Tribunal Federal. Impossibilidade. Sentença condenatória já submetida ao duplo grau de jurisdição. Mandado de prisão corretamente expedido. Aplicação da Súmula 267 do STJ. Writ conhecido parcialmente, com denegação da ordem na parte conhecida.

Entretanto, em informações solicitadas ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acerca do processamento do Agravo de Instrumento tirado da inadmissão do Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão da Apelação Criminal na data de 10 de março de 2011, informou-se que foi indeferido o pedido de revogação do mandado de prisão e foram requisitados os autos da apelação para envio ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do agravo em recurso extraordinário (cf. fl. 102).

De acordo com os últimos elementos carreados aos autos, percebe-se que foi expedido mandado de prisão para o cumprimento do acórdão que manteve a sentença penal condenatória (cf. fl. 104), não obstante ainda penda de apreciação o agravo de instrumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tirado da inadmissão do recurso extraordinário interposto contra o aludido acórdão da apelação criminal.

Tenho que a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se pôr em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal. Além do comando constitucional, também consta na Lei das Execuções Penais norma a revigorar a idéia-força:

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Tendo o paciente permanecido solto durante todo o curso do processo, tal circunstância deve ser mantida até o trânsito em julgado, a menos que haja fato novo a justificar a segregação cautelar, conforme já ressaltado pela Suprema Corte, *verbis*:

Mais do que nunca, e qualquer que seja a natureza do ilícito penal ou quaisquer que sejam as condições pessoais, profissionais ou econômico-financeiras atribuídas aos indiciados ou aos réus em geral, cumpre, sempre, ter presente que discursos de caráter autoritário - seja qual for a fonte de que emanam - não podem, jamais, subjugar o princípio da liberdade, tal como reconhecido e assegurado pela Lei Fundamental da República.

A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida, por isso mesmo, por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. É que ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. (HC 79.812-SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Constitui princípio consagrado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Se o processo ainda não alcançou termo, não havendo qualquer alteração processual a revelar necessidade de encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afigura plausível a privação da liberdade. Nesse sentido, colhem-se os precedentes desta Corte:

EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 213 C/C ART. 226, INCISO I, E ART. 214, C/C ART. 226, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

I - O Plenário do c. Pretório Excelso, no julgamento do HC 84.078/MG, ocorrido em 05/02/2009, concluiu que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (Informativo-STF n.º 534).

II - *In casu*, o paciente aguardou em liberdade o julgamento do recurso de apelação e o Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão, sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Nesse contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena sem a demonstração dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP.

Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC 125294/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, DJe 26/10/2009)

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO TÃO-SÓ PELO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É pacífica a compreensão de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte já vinha proclamando que a circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia antecipada seja devidamente motivada.

3. Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, afirmando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da segregação cautelar em decisão fundamentada, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (HC nº 84.078/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Informativo nº 534).

4. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 105084/SP, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJe 30/03/2009)

No mesmo sentido também se manifesta a doutrina:

(...) a situação de condenado ter o termo *a quo* - após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - é consequência lógica dos princípios que, com vigorosa cautela, resguardam o réu durante a apuração do fato-infração penal. Se o status de condenado /começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam postergados, cedendo espaço a presunções que não encontram guarida na Constituição. O art. 5º, LVII, é simplesmente declaratório. Não perde, porém, a sua importância. Em consequência, a pena e a medida de segurança /somente podem ser impostas/ depois da definição, insista-se, com o trânsito em julgado da sentença, da infração penal ou da inimputabilidade. [...] Enquanto inexistente o status de condenado, registrou-se, não se aplicam penas nem medida de segurança. Logicamente, não há que se falar na suspensão condicional da pena (*rectius* – suspensão condicional da execução da pena) nem nos efeitos da sentença condenatória. A decisão condenatória sujeita a recurso, uma vez interposto e enquanto não confirmada definitivamente, tem efeito suspensivo. (CERNICCHIARO, Luiz Vicente et al. Direito Penal na Constituição. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, págs. 111/112)

Ressalte-se, ainda, que em sessão realizada em 05.02.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou tal questão, ratificando o entendimento exposto. A decisão foi noticiada no Informativo n.º 534 daquela Corte, que, por maioria, concedeu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. O acórdão ficou assim resumido:

EMENTA: 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 delinquente".

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, 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 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 25-02-2010)

Ante o exposto, ratificada a liminar deferida, concedo a ordem para assegurar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0100831-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 268124 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00029445920008260653 00227175520138260000 132000 201102585388 20130000192433
227175520138260000 29445920008260653 6530120000029445 79590 990092144685

EM MESA

JULGADO: 11/06/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ADRIANA APARECIDA DA SILVA RIBEIRO
ADVOGADO : ADRIANA APARECIDA DA SILVA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MARIA LUIZA DOS SANTOS E SANTOS (PRESO)

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

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, concedeu a ordem, nos termos do voto da Senhora Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.