



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.615 - SP (2009/0019977-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELLO DA CONCEIÇÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FLAVIO RODRIGUES
PACIENTE : MARCELO DA SILVA XAVIER

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. (1) PRISÃO DE UM DOS PACIENTES. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA. MODIFICAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. *WRIT* EM PARTE PREJUDICADO. (2) QUEBRA. MOTIVAÇÃO. IMPROPRIEDADE. (3) FUNDAMENTO PARA PRISÃO PREVENTIVA: REFERÊNCIAS GENÉRICAS. IDONEIDADE. AUSÊNCIA. (4) PRIMARIEDADE. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRISÃO. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO.

1. Diante da modificação do quadro fático, com a prisão do paciente FLÁVIO RODRIGUES que, posteriormente, soube-se dispõe de anterior condenação definitiva, em relação a qual cumpre pena, em regime fechado, tem-se, em relação a ele, a perda do objeto da impetração. Ademais tais particularidades não foram objeto de debate na anterior instância, o que, também, inviabiliza a cognição de seu *status libertatis*.

2. A prisão processual é medida odiosa, marcada pelo signo da imprescindibilidade, sendo imperioso alinhar-se, para tanto, elementos concretos.

3. A simples menção, genérica, aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não autoriza a providência extrema.

4. Sendo os pacientes primários, presos em flagrante pelo art. 180 do Código Penal - delito sem violência ou grave ameaça-, com pena mínima de um ano de reclusão, revela-se como excessiva a prisão provisória, tendo em conta o caráter instrumental das cautelares penais e o princípio da proporcionalidade

5. Ordem prejudicada em relação ao paciente FLÁVIO RODRIGUES (cassada a liminar que lhe foi deferida), e, no tocante ao paciente MARCELO DA SILVA XAVIER, acolhido o parecer ministerial e confirmada a liminar, concedo a ordem para assegurar a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, especificamente em relação aos autos da Ação Penal controle 276/2008, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Mairiporã/SP.

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 Turma, por unanimidade, julgou prejudicada a ordem em relação a Flávio Rodrigues, cassando a liminar e, no tocante ao paciente Marcello da Conceição, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.615 - SP (2009/0019977-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : MARCELLO DA CONCEIÇÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FLAVIO RODRIGUES
PACIENTE : MARCELO DA SILVA XAVIER

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de FLÁVIO RODRIGUES e MARCELO DA SILVA XAVIER, impugnando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se denegou a ordem nos seguintes termos:

"Antes do recebimento da denúncia foi concedida liberdade provisória aos pacientes, mediante o pagamento de fiança. Esta foi recolhida em 16 de julho último, oportunidade em que foram expedidos os alvarás de soltura, com a determinação de que os réus deveriam comparecer 'no primeiro dia útil, para lavratura do termo de fiança, sob pena de quebra' (fl. 156, *verbis*). Ocorre, porém, que os pacientes não compareceram na data referida, nem apresentaram motivo justo para essa ausência, de modo que o benefício foi revogado pela Juíza, fundamentadamente. (...). Convém registrar, por derradeiro, que os pacientes não foram presos até o momento, 'posto que não cumpridos os mandados de prisão expedidos', como observou o eminente Procurador de Justiça PEDRO MANOEL RAMOS (fl. 159, *verbis*). Esse fato evidencia a inconveniência de se brindar os indigitados receptadores com a liberdade, dado que o crime que a eles é atribuído é de extrema gravidade, porque – sabidamente – alimenta os delitos contra o patrimônio e o tráfico ilícito de entorpecentes." (fls. 153/154).

Narra a impetração que os pacientes foram presos em flagrante, em 30.06.08, pela suposta prática da conduta delitiva descrita no artigo 180, *caput*, do Código Penal. Contudo, em 14.07.08, foram beneficiados com liberdade provisória mediante o pagamento de fiança, expedindo-se os competentes alvarás de soltura.

Informa o impetrante que os pacientes não entenderam a orientação do oficial de justiça, no sentido de que teriam que assinar termos de comparecimento após o primeiro dia útil subsequente às suas solturas, bem como não receberam cópia dos alvarás de soltura.

Assim, em virtude do não cumprimento das orientações acima referidas, entendeu-se quebrada a fiança, tendo sido revogado o benefício da liberdade provisória, com expedição de mandados de prisão em desfavor dos pacientes. Afirmou, ainda, o Juízo que: "a medida extrema se mostra necessária, como garantia da ordem pública e, sobretudo para assegurar a boa instrução criminal e a aplicação da lei penal, reconhecendo que se encontram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva". (fl. 135).

Assevera o impetrante, entretanto, que não há nos autos nenhum registro de que os pacientes estariam em local incerto e não sabido. Noticia, ademais, que ao ser concedida liberdade provisória em favor dos pacientes, o Juízo de primeiro grau o fez nos seguintes termos:

"Diante da natureza do delito e, em se considerando que, em princípio, os réus Flávio Rodrigues e Marcelo da Silva Xavier são primários (cf. fls. 16/19), reconheço que não se encontram presentes os requisitos justificadores da prisão preventiva, tampouco se mostra indispensável a manutenção da custódia provisória, diante do término das investigações e do oferecimento de denúncia, por suposta infração ao artigo 180, *caput*, do Diploma Penal". (fl. 121).

Assere, ainda, que os pacientes são primários, sem antecedentes, com família constituída, residência fixa e ocupação lícita. Assim, uma vez preenchidas as exigências legais para concessão da liberdade provisória, esta se impõe.

Alega, ademais, que a decisão que decretou a prisão preventiva dos pacientes nada demonstrou acerca da necessidade da medida, fazendo apenas suposições, sem qualquer respaldo na realidade fático-probatória.

Requer, liminarmente, a expedição de contra-mandado de prisão em favor dos pacientes. No mérito, pede o benefício "de aguardar em liberdade o desenrolar de seu processo".

A liminar foi deferida, fls. 158-160, para que fossem expedidos contramandados de prisão em favor dos pacientes e, caso já tenham sido cumpridos os mandados então expedidos, concedendo aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o julgamento final do *writ*.

Informações foram prestadas às fls. 167-172, 174-261 e 264-273.

O Ministério Público Federal, fls. 274-285, requereu a conversão do julgamento em diligências, o que foi deferido, fl. 300.

Novas informações vieram aos autos, fls. 287-299 e 303-317.

O *Parquet* Federal apresentou parecer, fls. 319-332, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria da M de C. G. Aras, opinando pela concessão da ordem para cassar a decisão que julgou quebrada a fiança.

Segundo informações obtidas junto à página eletrônica do Tribunal de origem, foi designada audiência para instrução e julgamento para 25 de julho de 2011. Esclareceu-se, ainda, que o paciente FLÁVIO RODRIGUES foi preso em 22/06/2010, em razão de outro feito. Em contato telefônico com a Vara de origem, obteve-se a informação de que o paciente FLÁVIO RODRIGUES, encontra-se cumprindo pena, execução n. 592.626, da 1.^a VEC da Comarca de Campinas/SP, em regime fechado, em razão de condenação oriunda da 2.^a Vara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Criminal da Comarca de Amparo/SP, processo n. 456 do ano de 2001, cujo trânsito em julgado ocorreu em 28/04/2009.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 127.615 - SP (2009/0019977-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE FIANÇA. (1) PRISÃO DE UM DOS PACIENTES. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DE PENA. MODIFICAÇÃO DO QUADRO FÁTICO. *WRIT* EM PARTE PREJUDICADO. (2) QUEBRA. MOTIVAÇÃO. IMPROPRIEDADE. (3) FUNDAMENTO PARA PRISÃO PREVENTIVA: REFERÊNCIAS GENÉRICAS. IDONEIDADE. AUSÊNCIA. (4) PRIMARIEDADE. CRIME SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. PRISÃO. PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO.

1. Diante da modificação do quadro fático, com a prisão do paciente FLÁVIO RODRIGUES que, posteriormente, soube-se dispõe de anterior condenação definitiva, em relação a qual cumpre pena, em regime fechado, tem-se, em relação a ele, a perda do objeto da impetração. Ademais tais particularidades não foram objeto de debate na anterior instância, o que, também, inviabiliza a cognição de seu *status libertatis*.

2. A prisão processual é medida odiosa, marcada pelo signo da imprescindibilidade, sendo imperioso alinhar-se, para tanto, elementos concretos.

3. A simples menção, genérica, aos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, não autoriza a providência extrema.

4. Sendo os pacientes primários, presos em flagrante pelo art. 180 do Código Penal - delito sem violência ou grave ameaça-, com pena mínima de um ano de reclusão, revela-se como excessiva a prisão provisória, tendo em conta o caráter instrumental das cautelares penais e o princípio da proporcionalidade

5. Ordem prejudicada em relação ao paciente FLÁVIO RODRIGUES (cassada a liminar que lhe foi deferida), e, no tocante ao paciente MARCELO DA SILVA XAVIER, acolhido o parecer ministerial e confirmada a liminar, concedo a ordem para assegurar a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, especificamente em relação aos autos da Ação Penal controle 276/2008, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Mairiporã/SP.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cinge-se o objeto da impetração à verificação da necessidade da prisão dos pacientes, denunciados porque receberam e conduziam um veículo Fiat/Stilo, com o número de chassi adulterado (dublê), sabendo tratar-se de produto de ilícito.

De início, é importante salientar que aos pacientes, reconhecidos pelo magistrado de primeiro grau como primários, foi deferida liberdade provisória. Posteriormente, decretou-se a quebra da fiança, em razão de uma confusão na emissão/cumprimento do alvará de soltura. Constava dos autos que os pacientes deveriam comparecer ao ofício judicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para assinar o termo de compromisso no dia seguinte, todavia tal circunstância não foi, ao que tudo leva a crer, devidamente esclarecida a eles.

Eis o teor da decisão de primeiro grau que decretou a quebra da fiança:

Diante da informação de que os réus não compareceram para assinatura do termo, impõe-se a revogação do benefício.

Destarte, o não comparecimento dos réus para assinatura do termo, constitui hipótese de quebra da fiança e manifesta inadaptção dos beneficiados ao beneplácito. Entendo assim, que a medida extrema se faz necessária, como garantia da ordem pública e, sobretudo para assegurar a boa instrução criminal e a aplicação da lei penal, reconhecendo-se que se encontram presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. (fl. 135).

Preliminarmente, cumpre destacar que, dada a notícia de que o paciente FLÁVIO RODRIGUES foi preso em 22/06/2010, em razão de outro feito (a fim de se cumprir pena em regime fechado, em razão de fatos anteriores), houve substancial alteração do quadro fático, que faz com que seja necessário o reconhecimento de que o *writ*, em relação a ele, está prejudicado pela perda do objeto. Assim, não se mostra prudente o prosseguimento do feito em relação a tal paciente, diante das notícias de sua segregação e de sua condenação definitiva, particularidades, aliás, que não foram objeto de debate na anterior instância.

Assim, segue-se a apreciação no tocante ao paciente MARCELO DA SILVA XAVIER.

Como já se entrevia quando do deferimento da liminar, três são os fundamentos para o reconhecimento da desnecessidade da prisão na persecução em foco.

Inicialmente, como se percebe da leitura do alvará de soltura, não constava - de modo explícito - que deveria o paciente comparecer, no dia seguinte à soltura, ao ofício judicial para a assinatura do termo de compromisso. Daí a aparente confusão que teria levado à conclusão de descumprimento das obrigações ínsitas ao sucedâneo da prisão em flagrante.

Registrem-se as ponderadas considerações da parecerista:

Tem-se, *data venia*, que a exigência legal de prévia notificação não foi observada, na hipótese de que ora se cuida, porquanto os dados trazidos aos presentes autos não permitem se conclua terem sido os ora Pacientes informados, previamente, da obrigação a que se achavam submetidos depois do pagamento da fiança, leia-se, necessidade de comparecer a Juízo para lavratura do termo de compromisso ou, mesmo, de aplicação de sanções, no caso de descumprimento. (fls. 330-331).

Diante de tal particularidade, penso, a quebra mostrou-se providência açodada.

Por outra volta, não apuro do édito prisional elementos concretos a vivificar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

teor do art. 312 do Código Processo Penal. Como não foram encetadas diligências tendentes a encontrar o paciente, após o suposto descumprimento dos termos da fiança, não se mostra apropriado falar-se em risco para a aplicação da lei penal.

Por outra volta, não se cuidou de alinhar qualquer circunstância que pudesse ligar o paciente a defraudação da prova.

Por fim, a menção à ordem pública restou insulada na decisão, sem qualquer elemento fático a embasá-la.

É indiscutível o dever constitucional de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado. Assim, a necessidade de fundamentação decorre do fato de que, em se tratando de restringir uma garantia constitucional, é preciso que se conheça dos motivos que a justificam. É nesse contexto que se afirma que a prisão cautelar não pode existir *ex lege*, mas deve resultar de ato motivado do juiz.

Confira-se, a propósito, a lição do Procurador de Justiça do Estado de São Paulo aposentado e Professor da Faculdade de Direito da USP, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO:

"Assim, recebida a comunicação sobre a prisão em flagrante, incumbe ao juiz competente verificar não apenas os aspectos relacionados à sua *legalidade*, constatando a *tipicidade* do fato que a ensejou, a ocorrência de uma das situações em que a lei considera haver *flagrante* (art. 302), bem como o atendimento das diversas formalidades estabelecidas pelo legislador para a validade do ato (especialmente os arts. 304 a 306 do CPP), mas também a *necessidade* da manutenção da custódia, pois, em caso contrário, deve ser concedida ao preso a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Trata-se, portanto, de uma decisão complexa, em que diversas questões de fato e de direito devem ser analisadas para que se possa chegar a uma conclusão sobre a manutenção de uma prisão que só excepcionalmente foi realizada sem a prévia ordem judicial. A inversão na ordem natural das coisas, admissível em face das circunstâncias mencionadas, não implica, é óbvio, a dispensa de uma cognição que, na verdade, deve ser tão completa e aprofundada quanto aquela realizada quando o juiz decide ordenar uma prisão.

Daí a indispensável exigência de que essa decisão seja integralmente justificada: quanto à *legalidade*, devem ser explicitadas as razões pelas quais se entende válido o flagrante; quanto à *necessidade*, nos mesmos moldes em que tal dever é imposto em relação ao provimento em que se decreta a prisão preventiva" (*A motivação das decisões penais*, São Paulo, RT, 2001, p. 226-227).

In casu, na minha ótica, tem-se verdadeira afronta à garantia da motivação das decisões judiciais. Como medida extrema, dotada de absoluta excepcionalidade, deve ser a prisão provisória justificada em motivos concretos, e, ainda, que indiquem a necessidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar da segregação, sob pena de violação à garantia da presunção de inocência.

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

Em casos como o presente, em que não há a concreta motivação a ensejar a necessidade da providência extrema, esta Corte tem reconhecido o constrangimento ilegal:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA AOS CORRÉUS PELA CORTE A QUO. EXTENSÃO DOS EFEITOS DO JULGADO A OUTRO ACUSADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE APLICAR TAMBÉM AO PACIENTE O ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. A custódia cautelar do corréu foi revogada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC n.º 102086/MT, porque o próprio Tribunal a quo reconheceu a falta de fundamentação do decreto constitutivo ao julgar impetração em favor de outros acusados, logo, não poderia denegar a ordem sem apontar qualquer circunstância de caráter exclusivamente pessoal que justifique a diferenciação, sob pena de ofensa ao Princípio da Isonomia e ao art. 580 do Código de Processo Penal.

2. Também em relação ao ora Paciente, a custódia excepcional é manifestamente desfundamentada, pois o decreto de prisão preventiva não elencou qualquer fato concreto para justificá-la, tendo se apoiado apenas em argumentos abstratos, desprovidos de qualquer suporte fático, sobre a necessidade de resguardar a ordem pública, a aplicação da lei penal e a conveniência da instrução criminal.

3. Habeas corpus concedido para revogar a custódia cautelar expedida em desfavor do Paciente.

(HC 162.981/MT, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 02/08/2010)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. COMERCIALIZAÇÃO DE 8,9 GRAMAS DE COCAÍNA E 4 PORÇÕES DE MACONHA. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS A EMBASAR O DECRETO PRISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada em fatos concretos que demonstrem a presença dos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar reprimenda a ser cumprida no caso de eventual condenação.

2. Não se prestam para justificar a prisão preventiva apenas a existência de indícios de autoria e a prova de materialidade e o juízo valorativo sobre a gravidade dos delitos imputados ao acusado.

Tais aspectos não são suficientes para respaldar a segregação cautelar quando não se demonstra concretamente a sua necessidade.

3. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinado-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, devendo assumir o compromisso de comparecer a todos os atos do processo, não se ausentar do distrito da culpa sem autorização judicial e manter informado o Juízo de seu endereço residencial e de trabalho.

(HC 159.904/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010)

'HABEAS CORPUS'. TRÁFICO E RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO BENEFÍCIO DE RECORRER EM LIBERDADE, ORDEM CONCEDIDA.

1) A prisão preventiva só pode ser decretada ou mantida com base em elementos concretos constantes dos autos, que demonstrem a necessidade da medida.

2) É entendimento jurisprudencial desta E. Corte que a vedação prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 não obsta, por si só, a concessão da liberdade provisória aos acusados do crime de tráfico.

3) A circunstância de ter o agente respondido ao processo em liberdade não justifica a negativa do recurso em liberdade, só por só.

4) Necessidade da segregação cautelar não demonstrada.

5) Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva, outorgando ao paciente o benefício de recorrer em liberdade.

(HC 142.772/MS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010)

Em remate, é de se ter presente que, diante da imputação, art. 180, *caput*, do Código Penal, cuja pena mínima é de um ano de reclusão, não seria razoável, a luz do princípio da proporcionalidade, a sujeição à medida extrema.

Em face da primariedade dos paciente, dificilmente a pena será fixada acima do dobro do mínimo legal. E, não tendo o crime sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, não está afastada a possibilidade, em tese, de o início do cumprimento da pena se dar em regime aberto, sem se falar na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva, diante do disposto no art. 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98. Por outro lado, em se cogitando de um quadro mais gravoso, remanescerá, mesmo assim, a possibilidade do cumprimento da reprimenda em regime semiaberto, situação bem menos rígida que a prisão processual.

Portanto, tenho que a questão deva se resolver à luz do princípio da proporcionalidade, uma vez que sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção neste momento processual, no resguardo da regra da não-consideração prévia de culpabilidade insculpada na Lei Maior, não se justifica manter a prisão, mormente quando a pena privativa de liberdade em tese projetada não seja superior a quatro anos.

Com efeito, a privação cautelar da liberdade, cumpre função instrumental em relação ao provimento jurisdicional. E, se, de acordo com um juízo de probabilidade, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resultado do processo poderá não significar o encarceramento do paciente, não se justifica a medida extrema sob pena de quebra da lógica do sistema: não pode o acessório sobrepor-se ao principal, como que assumindo vida própria.

Logo, numa visão pragmática e ao mesmo tempo sintonizada com os cânones do sistema penal imanente ao Estado Democrático de Direito, de rigor é a concessão da ordem.

Ensina ALBERTO SILVA FRANCO:

"O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena)" (*Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo, RT, 2001, vol. 1, p. 14)

O princípio da proporcionalidade não tem aplicação apenas no universo do Direito Penal, mas também espraia-se, como princípio constitucional não formalizado, por todo o ordenamento jurídico, com destaque para o Direito Constitucional Processual, nas hipóteses de restrição cautelar de direitos fundamentais. Desta forma, a manutenção do paciente no cárcere para assegurar a aplicação da lei penal carece de legitimidade, já que há grande probabilidade do processo não resultar, num juízo *ex ante*, no seu encarceramento.

Nesta linha, segue o magistério de ANTONIO SCARANCE FERNANDES:

"A afirmação do princípio foi no sentido de garantir o indivíduo contra os excessos dos órgãos detentores do poder, buscando encontrar a medida adequada, necessária e justa. Não se trata de impedir a existência ou atuação de norma restritiva ou de fazer imperar sempre o princípio mais favorável ao acusado, mas de fazer atuar certa regra ou prevalecer determinado princípio de maneira equilibrada" (*Processo Penal constitucional*, São Paulo, RT, 2002, p. 56)

Ante o exposto, julgo prejudicada a ordem em relação ao paciente FLÁVIO RODRIGUES (cassada a liminar que lhe foi deferida), e, no tocante ao paciente MARCELO DA SILVA XAVIER, acolhido o parecer ministerial e confirmada a liminar, concedo a ordem para assegurar a liberdade provisória, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos processuais, especificamente em relação aos autos da Ação Penal controle 276/2008, da 2ª Vara Judicial da Comarca de Mairiporã/SP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0019977-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 127.615 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

EM MESA

JULGADO: 03/02/2011

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELLO DA CONCEIÇÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : FLAVIO RODRIGUES

PACIENTE : MARCELO DA SILVA XAVIER

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, julgou prejudicada a ordem em relação a Flávio Rodrigues, cassando a liminar e, no tocante ao paciente Marcello da Conceição, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes e Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE).

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 03 de fevereiro de 2011

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário