



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.480 - ES (2014/0055638-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
ADVOGADO : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOLDEIR OLSEN MESSA (PRESO)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. SENTENÇA OMISSÃO. QUESTÃO A SER APRECIADA PELO JUÍZO SENTENCIANTE.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Não sendo cumprida a obrigação legal de reexame, na sentença condenatória, da necessidade da manutenção da prisão cautelar, necessária é a integração do julgado de primeiro grau para tal fim.
3. *Habeas corpus* não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para determinar ao juízo de primeiro grau que complemente a sentença decidindo, de forma fundamentada, acerca da necessidade ou não da manutenção da prisão cautelar do paciente.

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 de habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Relator e o Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), que a concediam a ordem em maior extensão. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator quanto ao não conhecimento da ordem.

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) quanto à concessão da ordem de ofício em menor extensão.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.480 - ES (2014/0055638-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES

ADVOGADO : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

PACIENTE : JOLDEIR OLSEN MESSA (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

JOLDEIR OLSEN MESSA estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**, que denegou a ordem no HC n. 0023153-15.2013.8.08.0000.

Infere-se dos autos que o paciente teve a prisão preventiva decretada pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006. Finda a instrução criminal, o Juízo da Vara Única de Ibatiba/ES julgou procedente a acusação para condená-lo, nos termos da exordial, à pena de 8 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado (Ação Penal n. 064.12.0000442-5).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de origem, sob a alegação de afronta ao artigo 387, § 1º, do CPP. A ordem foi denegada.

Nesta Corte, o impetrante sustenta o direito do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do apelo interposto em seu favor, porquanto ausente fundamentação concreta para o encarceramento provisório. Afirma que a sentença contraria o disposto no art. 387, parágrafo único, do CPP, haja vista que "não trouxe qualquer fundamento idôneo que justifique a manutenção da custódia provisória do paciente, sendo que sequer fundamentou a necessidade da manutenção cautelar, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade". Informa, ainda, que o paciente é primário, tem bons antecedentes, possui residência fixa e sempre exerceu, de forma exemplar, a função de policial militar.

Requer, assim, a revogação da prisão preventiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Liminar deferida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento deste *mandamus* (fls. 85-87).

Informações prestadas (fls. 108-112).

O Ministério Público Federal manifestou-se pela **concessão** da ordem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.480 - ES (2014/0055638-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. ADITAMENTO DO TRIBUNAL AO DECRETO CONSTRITIVO. VEDAÇÃO EM HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregação do réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se **indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela** (*periculum libertatis*), **à luz do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.**

2. Assim, a prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada, mediante decisão suficientemente motivada, em caráter excepcional. Não basta invocar, para tanto, aspectos genéricos, posto que relevantes, relativos à modalidade criminosa atribuída ao acusado ou às expectativas sociais em relação ao Poder Judiciário, decorrentes dos elevados índices de violência urbana.

3. No caso, é manifesto o constrangimento imposto ao paciente, pois, embora ele tenha permanecido cautelarmente segregado durante toda a instrução criminal, **a sentença condenatória nada disse sobre a possibilidade de o condenado recorrer em liberdade, em afronta direta à norma inserta no artigo 387, § 1º, do CPP, que consubstancia a ideia da provisoriedade da prisão cautelar.**

4. O *decisum* condenatório não trouxe a mínima fundamentação para amparar a manutenção da prisão cautelar (art. 312 do CPP), **tampouco fez remissão às razões expostas no decreto preventivo anterior.**

5. Não foge à lógica concluir que se o réu respondeu preso ao processo provavelmente continuará a haver motivos, com a prolação da sentença, para que continue em tal condição. Entretanto, dado o caráter excepcional da cautela pessoal, não se pode retirar do réu o direito a ver a matéria novamente enfrentada pelo juiz no momento em que se conclui a instrução e se profere o julgamento do mérito da pretensão punitiva - ou que se encerra o *iudicium accusationis* -,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pois é possível que não mais subsistam as exigências cautelares que, em outro momento da persecução penal, justificaram, a medida extrema.

6. Os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* original pelo Tribunal *a quo*, direcionados a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a ausência da fundamentação em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constitutivo ao direito de locomoção do paciente.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para desconstituir a prisão provisória, salvo se estiver preso por outro motivo, **sem prejuízo da possibilidade de nova decretação da prisão preventiva**, nos termos do art. 387, § 1º do CPP, ou de imposição de medida alternativa (art. 319 do mesmo diploma legal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I.

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade** que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

II.

Como relatado, o paciente teve a prisão preventiva decretada (conversão do flagrante) pela suposta prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006. Finda a instrução criminal, o juízo da Vara Única de Ibatiba/ES **julgou procedente a acusação para condená-lo, nos termos da exordial**, à pena de 8 anos e 5 meses de reclusão, em regime fechado.

Por oportuno, transcrevo a parte dispositiva do *decisum* condenatório, *in verbis*:

[...] Fixo como DEFINITIVA a pena privativa de liberdade em 8 (oito) anos e 5 (cinco) meses e pagamento de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa, correspondendo cada dia a um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Deverá o apenado recolher a multa que lhe foi imposta no prazo de 10 dias, após o trânsito em julgado da presente sentença, observando o disposto no artigo 50 do CP.

Fixo, para fins de eventual cumprimento de pena, o REGIME FECHADO, nos termos do artigo 33, § 1º, alínea "c", do CP.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade (art. 44 do Código Penal).

CONDENO-O, ainda, no pagamento de custas e despesas processuais.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DETERMINO a destruição da droga apreendida (art. 124, do CPP) e DECRETO a perda do veículo, dos bens e valores (fls. 13/14), em favor da União (FUNAD), nos termos do art. 91, II, alínea "b", do Código Penal, nos termos do art. 63, da Lei 11.343/2006, mediante termo.

Após o trânsito em julgado desta, expeça-se a guia de execução a vara competente para a fiscalização, nos termos do Código de Organização Judiciária (Lei n. 364, de 8/5/2006).

Em razão do princípio constitucional de presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da CF/88, somente após o trânsito em julgado, lance-se o nome do condenado no Rol dos Culpados.

Para efeitos do artigo 15, III, da CF/88, remeta-se cópia desta sentença ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado onde o condenado é inscrito como eleitor.

Quanto ao pleito de transferência do acusado para o sistema prisional de sua cidade de origem e, considerando o teor do ofício de fl. 198, bem como a manifestação ministerial à fl. 255, tenho que o mesmo deva prosperar. Assim, DEFIRO o requerimento de transferência do acusado para o Presídio Militar do Estado do Mato Grosso do Sul, após o trânsito em julgado deste *decisum*, com conseqüente expedição da guia de execução criminal. (fl. 65)

Por meio de *habeas corpus*, a defesa atacou a sentença - notadamente no ponto que nada disse sobre a necessidade ou não de manutenção da prisão provisória - tendo o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo desacolhido o pedido, negando ao paciente o benefício de recorrer em liberdade, nos seguintes termos:

[...] Compulsando detidamente os autos, todavia, entendo não lhe assistir razão.

Isso porque a custódia cautelar do paciente foi decretada levando **em consideração a gravidade em concreto da conduta praticada, sendo o paciente preso em flagrante delito transportando aproximadamente 30 (trinta) tabletes de droga entre Estados da Federação.**

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a gravidade da conduta, revelada pela grande quantidade de entorpecente apreendido, aliada à materialidade e aos indícios de autoria são fundamentos válidos para a custódia preventiva, preenchendo os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Desse modo, uma vez presentes os requisitos legais para a manutenção



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da custódia, irrelevantes as alegadas condições pessoais do paciente que, além de tudo, não restaram demonstradas nos autos.

Destaco que a prisão preventiva não é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, também não se configurando como uma antecipação de pena, mormente quando a aplicação da medida está alicerçada em elementos concretos, conforme demonstrado no quadro fático delineado.

Por fim, "nos casos em que o acusado permaneceu preso durante a instrução criminal, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade do recurso em liberdade, de acordo com a jurisprudência pátria, devem ser avaliadas com prudência.

Considerando que os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório, precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Assim, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservar o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade. Precedentes." (STJ. RHC 38785/TO. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data do Julgamento 26/09/2013).

Corroborando ainda este entendimento, seguem recentes julgados do Tribunal da Cidadania. [...]. (fls. 67-68, destaquei).

A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que "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." (HC n. 236.644/RJ, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 24/3/2014).

Isso significa dizer que, **para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do CPP**, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (fundamentação *ope legis*).

Dito de outro modo, para a decretação da prisão preventiva, são



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessários prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria (*fumus comissi delicti*), bem como ao menos uma das exigências cautelares previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal (*periculum libertatis*).

III.

Na espécie, observo que, **embora o paciente tenha permanecido cautelarmente preso** durante toda a instrução criminal, a sentença condenatória foi totalmente **omissa** quanto ao particular, ao deixar de se pronunciar sobre a prisão cautelar do condenado.

Não consta da impetração o decreto original, mas, a julgar pelas decisões que indeferiram pedidos de revogação da prisão preventiva (e-STJ 54-60), a prisão cautelar teve por lastro considerações acerca da gravidade abstrata do crime de tráfico de entorpecentes, dos malefícios sociais decorrentes de tal prática e da necessidade de preservar a instrução e a ordem pública em situações similares, nada aduzindo, porém, sobre dados concretos que pudessem singularizar a análise judicial.

A seu turno, quando da sentença condenatória - como se depreende da leitura do trecho acima transcrito - **não houve fundamentação alguma quanto à continuidade da presença dos pressupostos do art. 312 do CPP para a manutenção da cautela, e tampouco se fez - como amiúde se vê em casos tais - remissão às razões anteriormente expostas no decreto preventivo.**

Portanto, é manifesto o constrangimento ilegal imposto ao paciente, visto que não houve a mínima análise da possibilidade do sentenciado recorrer em liberdade, em absoluta afronta ao disposto no artigo 387, § 1º, do CPP (com redação dada pela Lei n. 11.789/08 e numeração alterada pela Lei n. 12.736/2012), o qual ordena que "o juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta." (destaquei).

IV.

Vale enfatizar que a decisão que decreta a prisão cautelar é uma decisão tomada *rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, quer para eventual revogação, quando cessada a causa ou motivo que a justificou, quer para sua substituição por medida menos gravosa, na hipótese em que seja esta última tão idônea (adequada) para alcançar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo objetivo daquela.

Com a reforma de 2011, deu-se nova redação ao antigo texto do artigo 317, agora § 5º do artigo 282, que estabelece que *o juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.*

Sob tal preocupação, alguns diplomas processuais penais de perfil mais moderno preveem um “**procedimento examinatório**”, de modo a exigir que o magistrado proceda a uma **reavaliação periódica** da legalidade da prisão cautelar.

Vejam, para exemplificar, que o novo Código de Processo Penal da **Costa Rica** prevê, em seu artigo 257, inc. I, que a prisão preventiva deverá cessar, em qualquer momento do processo, quando “nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron...”. Para dar efetividade a tal regra, a legislação da Costa Rica determina que o juiz analise, de ofício, ou por provocação da parte “por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso”, que determine “su continuación, modificación, o sustitución por outra medida o la libertad del imputado” (artigo 253, par. II).

Similar regra é encontrada na StPO da **Alemanha**, (§ 122), bem como no Código de Processo Penal de **Portugal**, ao dispor, no artigo 213º, que: “*Durante a execução da prisão preventiva o juiz procede oficiosamente, de três em três meses, ao reexame da subsistência dos pressupostos daquela, decidindo se ela é de manter ou deve ser substituída ou revogada.*”

Dispositivo nesse sentido constava, vale pontuar, do § 7º do artigo 282 do Substitutivo do Senado ao Projeto n. 4.208/01, o qual impunha ao magistrado o reexame obrigatório da cautela a cada 60 dias. Porém, ao retornar o projeto para a Câmara dos Deputados, rejeitou-se o acréscimo de tal dispositivo à sua versão original, recuo que acabou se refletindo na consequente Lei nº 12.403/11.

De todo modo, **a reforma de 2011 previu, como dever legal, a reavaliação fundamentada da situação cautelar do réu, por ocasião da sentença**, como se percebe da leitura do art. 387, § 1º do CPP.

Creio, em razão dessas ponderações, que **a total ausência de deliberação sobre a prisão preventiva**, no único momento em que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legislação assim determinou - por ocasião da sentença condenatória (ou da decisão de pronúncia) - configura ilegalidade que não pode ser tolerada, porquanto priva o sujeito passivo da medida cautelar do direito a ter, em momento crucial da persecução penal, a reavaliação judicial da persistência ou não dos motivos que, até então, o mantiveram sob segregação provisória. De mais a mais, se os tribunais superiores têm considerado ilegal a decisão judicial, na sentença, que simplesmente mantém a prisão sem qualquer justificativa, por qual motivo não reputará também ilegal a ausência de tal decisão.

Não aproveita, segundo penso, o argumento de que caberia à parte interessada opor embargos à sentença, ante sua omissão nesse particular. Sim, caberia e cumpriria a uma diligente defesa assim agir, assim como o Ministério Público, fiscal do Direito e movido por critérios de objetividade, também deveria zelar para a colmatação dessa lacuna importante da sentença.

Não foge à lógica concluir que se o réu respondeu preso ao processo provavelmente continuará a haver motivos, com a prolação da sentença, para que continue em tal condição excepcional. Entretanto, não se lhe pode retirar o direito a ver a questão novamente enfrentada no momento em que se conclui a instrução e se profere o julgamento do mérito da pretensão punitiva - ou que se encerra o *iudicium accusationis* -, pois é possível que não mais subsistam as exigências cautelares que, em outro momento da persecução penal, justificaram, a medida extrema.

Fato é que a ilegalidade existiu e persiste, não podendo gerar efeitos enquanto não sanada.

V.

Não olvido que o Tribunal de Justiça impetrado, por ocasião do julgamento do *habeas corpus* lá aforado, trouxe argumentos para reforçar a prisão provisória do paciente (como a quantidade de droga apreendida e a interestadualidade do tráfico), o que, contudo, não se admite na espécie.

Todavia, consoante o entendimento reiterado deste Tribunal Superior, os fundamentos acrescidos pela Corte *a quo*, tendentes a justificar a custódia cautelar, **não se prestam a suprir a ausente motivação do juízo de 1º grau**, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do paciente.

Nessa diretriz, invoco julgado do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] Quando a falta ou insuficiência de fundamentação de prisão preventiva constitua causa de nulidade da decisão, não a podem suprir informações prestadas em *habeas corpus*, nem o acórdão que o denegue ou negue provimento a recurso. (HC n. 94.344/SP, Rel. Min. **Cezar Peluso**, 2ªT., DJe 21/5/2009).

Consta no voto da aludida decisão outro valioso raciocínio do Ministro Sepúlveda Pertence, com o qual ora faço coro, *in verbis*:

[...] No julgamento do *habeas corpus* que impugna a fundamentação de decisões de primeiro grau constritivas da liberdade do paciente, não cabe às sucessivas instâncias, para denegar a ordem, suprir a sua deficiência originária, mediante achegas de novos motivos por ela não aventados. [...] (HC n. 81.148, RTJ 179/1135-1136).

Nesta Colenda Corte Nacional há também precedentes em situação análoga. Cito, por todos, pronunciamento da Sexta Turma:

[...] 3. A jurisprudência diz que a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando evidenciada, com explícita e concreta fundamentação, a necessidade da rigorosa providência. Diz também que não cabe ao Tribunal acrescentar motivação em decisão que pecou por sua carência. O *habeas corpus* não é ação de mão dupla, decorrendo dessa premissa a impossibilidade de órgão julgador vir a suplementar, em termos de fundamentos, o ato atacado (STF, HC n. 109.678/PR, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 8/11/2012).

4. Inidônea é a motivação do decreto da custódia cautelar com base na gravidade abstrata do delito, no clamor público e na insegurança social que o crime gera, pois tais elementos não são aptos a embasar a medida restritiva de liberdade.

5. No caso, a despeito do fato de se tratar de suposto roubo circunstanciado, notadamente não está demonstrada, de forma concreta, a imprescindibilidade da prisão cautelar do paciente. E o Tribunal estadual, em contraposição ao permitido, agregou, quando do julgamento do *habeas corpus* ajuizado pela defesa, fundamento não considerado na origem, para manter a decisão de primeiro grau. Evidente, pois, o constrangimento ilegal. [...] (HC n. 266.736/SP, Rel. Ministro **Sebastião Reis**, 6ªT., DJe 13/5/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esses julgados consubstanciam a exigência, reforçada pelo Constituinte de 1988 (art. 93, IX, C.R.), de que as decisões judiciais sejam motivadas, máxime quando se cuida de ato que interfere na liberdade humana, também objeto de especial proteção (art. 5º, incisos LIV, LXI, LV e LVI).

VI.

A motivação dos atos jurisdicionais, conforme imposição do artigo 93, IX, da Constituição Federal ("Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]"), **funciona como garantia da atuação imparcial e *secundum legis* (sentido lato) do órgão julgador.**

Como bem leciona Antônio Magalhães Gomes Filho, a motivação exerce quer uma função *política*, quer uma *garantia processual*. Como função política, a motivação das decisões judiciais "transcende o âmbito próprio do processo" (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001, p. 80), alcançando o próprio povo em nome do qual a decisão é tomada, o que a legitima como ato típico de um regime democrático. Como garantia processual, dirige-se à dinâmica interna ou à técnica do processo, assegurando às partes um mecanismo formal de controle dos atos judiciais decisórios, de modo a "atender a certas necessidades de racionalização e eficiência da atividade jurisdicional" (op. cit., p. 95).

Presta-se, assim, a motivação dos atos judiciais a servir de *controle social* sobre os atos judiciais e de *controle das partes* sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto.

O dever de motivação é garantia instrumental, garantia de segundo grau ou *garantia das garantias*, como acentua Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão*. Teoria do garantismo penal. Tradução coletiva. São Paulo: RT, 2002, p. 492), porquanto permite saber, pelo exame das razões indicadas na decisão, se os demais direitos e garantias do acusado (as *garantias primárias*, que seriam o contraditório, o ônus da prova da acusação e a defesa) foram observadas, até para que se viabilize o controle recursal do ato supressor da liberdade, quer por meio de *habeas corpus*, quer por meio de recurso previsto na legislação processual.

É dever, portanto, do magistrado explicitar o seu convencimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, **válida se forem indicados** os motivos concretos pelos quais se decreta (ou mantém) a prisão.

Nesse sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de Hélio Tornaghi (*Curso de processo penal*. v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 87), ao lecionar que:

O juiz deve ainda mencionar de maneira clara e precisa os fatos que o levam a considerar necessária a prisão para garantir a ordem pública ou para assegurar a instrução criminal ou a aplicação da lei penal substantiva. Não basta de maneira alguma, não é fundamentação, fraudar a finalidade da lei e iludir as garantias da liberdade o fato de o juiz dizer apenas: 'considerando que a prisão é necessária para a garantia da ordem pública ...' ou então 'a prova dos autos revela que a prisão é conveniente para a instrução criminal ...'. Fórmulas como essas são a mais rematada expressão da prepotência, do arbítrio e da opressão. Revelam displicência, tirania ou ignorância, pois além de tudo envolvem petição de princípio: com elas o juiz toma por base exatamente aquilo que deveria demonstrar.

Também da inteligência de Tornaghi (op. cit., p. 159) provém a seguinte lição:

O Estado expressa na lei sua vontade a respeito de cada relação ou situação jurídica, pacífica ou litigiosa. Mas o faz de maneira geral e abstrata, sem atenção às peculiaridades de cada caso específico e concreto. Ao surgir a necessidade de dizer o que é direito em determinada hipótese (jurisdizer), o juiz deve se pronunciar sobre qual a norma aplicável ao caso (*quaestio iuris*) e sobre como os fatos se apresentam (*quaestio facti*). Em seguida, tem de submeter o fato à lei. Tudo isso exige uma atividade racional.

A mesma lição nos fornece a doutrina estrangeira. Michele Taruffo pontua (Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: *Participação e processo*, Coord. Ada P. Grinover *et al.* São Paulo: RT, 1988, p. 45) que "[...] a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito".

Mais especificamente sobre o tema sob análise, Vittorio Grevi (*Libertà personale dell'imputato e costituzione*. Giuffrè: Milano, 1976, p.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

149) sublinha que o dever de motivação das decisões judiciais é ainda mais exigido quando há interferência na liberdade do acusado, por ser imperiosa a demonstração da compatibilidade da prisão com a presunção de inocência. E arremata:

Trata-se de evitar que a garantia da motivação possa ser substancialmente afastada – o que não é raro ocorrer na prática – mediante o emprego de motivações tautológicas, apodíticas ou aparentes, ou mesmo por meio da preguiçosa repetição de determinadas fórmulas reiterativas dos textos normativos, em ocasiões reproduzidas mecanicamente em termos tão genéricos que poderiam adaptar-se a qualquer situação.

Essa tem sido, aliás, a percepção dos tribunais pátrios, que, após um longo período de tolerância das prisões que decorriam da mera circunstância de ser alguém, portador de maus antecedentes, pronunciado ou condenado por crime inafiançável, passaram a assentar que, independentemente da gravidade do crime imputado ao réu pronunciado ou condenado, e mesmo diante dos seus maus antecedentes, a prisão decorrente de pronúncia ou sentença penal condenatória recorrível – antes da eliminação de ambas pela reforma legislativa de 2008 – somente seria legítima se evidenciada a necessidade concreta da cautela, à luz dos parâmetros estabelecidos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Em igual direção se notabiliza a jurisprudência que se construiu ao longo dos últimos anos, mercê da qual, **mesmo para os crimes qualificados como hediondos e os a eles assemelhados, também se passou a demandar motivação judicial direcionada a evidenciar a existência de motivos concretos para manter sob custódia cautelar os autores dessas infrações de elevada gravidade.** É dizer, embora com a clara opção constitucional por um recrudescimento do trato jurídico-penal dos crimes hediondos e de outros a eles assemelhados (conforme disposto no artigo 5º, XLIII, da C.R.), não se subtrai de seus eventuais autores direitos inarredáveis à condição de acusado em um processo penal, tal qual o direito à motivação das decisões jurisdicionais, notadamente das que interferem com a liberdade de locomoção.

Não é outra a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal vem, há anos, interpretando a legislação infraconstitucional de tal modo a ajustá-la a algumas balizas sobre as quais se apoia o devido processo penal, a exemplo do direito à liberdade provisória (**HC n. 114.092/SC**, Rel. Ministro **Teori**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Zavaski, 2ª T., DJe 26/3/2013; **HC n. 114.029/SP**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 2ª T., DJe 22/2/2013; **HC n. 114.714/DF**, Rel. Ministro **Celso de Mello**, 2ª T., DJe 1/8/2013), do direito à progressividade da execução das penas (**HC n. 111.830/SP**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 18/2/2013; **HC n. 114.409/SP**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 2ª T., DJe 16/8/2013; **HC n. 104.011/SP**, Rel. Ministro **Marco Aurélio**, 1ª T., DJe 22/3/2012) e até, em certos casos, do direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (**HC n. 110.281/SP**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, 1ª T., DJe 5/6/2013; **HC n. 114.413/SP**, Rel. Ministro **Ricardo Lewandowski**, 2ª T., DJe 21/5/2013; **HC n. 111.008/RJ**, Rel. Ministro **Luiz Fux**, 1ª T., DJe 1º/4/2013).

VII.

À vista do o exposto, não conheço do *habeas corpus*, por entender inadequado o uso do *writ* substitutivo do meio impugnativo próprio.

No entanto, dada a evidência da coação ilegal apontada, concedo a ordem de ofício, para desconstituir a prisão preventiva decretada na origem, se por outro motivo não estiver preso.

Fica ressalvada a **possibilidade de nova decretação da custódia cautelar**, desde que nos termos do art. 387, § 1º c/c 312 do CPP, sem prejuízo, outrossim, de imposição de medida alternativa (art. 319 do CPP).

Comunique-se a decisão, com urgência, à autoridade apontada como coatora e ao juízo de primeiro grau.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 290.480 - ES (2014/0055638-4)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
ADVOGADO : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOLDEIR OLSEN MESSA (PRESO)

VOTO-VENCEDOR

EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO:

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.

O juiz de primeiro grau, ao prolatar a sentença condenatória, nada mencionou acerca do direito do ora paciente recorrer em liberdade (fls. 62-66).

Assim, não sendo cumprida a obrigação legal do reexame, na sentença condenatória, da necessidade da manutenção da prisão cautelar, necessária é a integração do julgado de primeiro grau para tal fim.

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, conceder a ordem para determinar ao juízo de primeiro grau que complemente a sentença decidindo, de forma fundamentada, acerca da necessidade ou não da manutenção da prisão cautelar do paciente Joldeir Olsen Messa.

Comunique-se, com urgência, ao Tribunal *a quo*, com cópia do presente acórdão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0055638-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 290.480 / ES

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00004425220128080064 00231531520138080000 06412004425 231531520138080000
4425220128080064 6412004425

EM MESA

JULGADO: 07/10/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

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

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
ADVOGADO : FELIPE FACCIM BANHOS FERNANDES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : JOLDEIR OLSEN MESSA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia 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 de habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Nefi Cordeiro, que lavrará o acórdão, vencidos o Sr. Ministro Relator e o Sr. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), que a concediam a ordem em maior extensão.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator quanto ao não conhecimento da ordem.

Votaram com o Sr. Ministro Nefi Cordeiro os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) quanto à concessão da ordem de ofício em menor extensão.