



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.623 - SP (2012/0171430-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DILSON DA SILVA NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERRY ADRIANE DA SILVA

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. PRISÃO CAUTELAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. (1) GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. (2) DECRETAÇÃO EM NOVA SENTENÇA PROFERIDA APÓS RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PACIENTE SOLTO POR FORÇA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. (3) ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória.

2. Mostra-se descabida a decretação de prisão cautelar em nova sentença proferida em razão de recurso exclusivo da defesa, sendo que o Paciente, inclusive, estava em livramento condicional, pois cumprira parte da pena imposta na primeira sentença que foi anulada pelo Tribunal *a quo*.

3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida.

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

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 09 de abril de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.623 - SP (2012/0171430-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : DILSON DA SILVA NOGUEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GERRY ADRIANE DA SILVA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de GERRY ADRIANE DA SILVA, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 0108811-40.2012.8.26.0000).

Depreende-se dos autos que, em 02/08/2010, foi proferida sentença (fls. 52/60) em desfavor do paciente, condenado a 5 anos e 08 meses de reclusão e 13 dias-multa como incurso no artigo 157, § 2º, incisos II, IV e V do Código Penal, tendo-lhe sido concedido o benefício do livramento condicional, após cumprimento de 1/3 da pena fixada, em 12/05/2011.

Ocorre que, interposto recurso de apelação pela defesa, em 09/06/2011 a Corte de origem deu provimento, para anular a sentença em razão de contrariedade consistente em afastar, na fundamentação, as causas de aumento de pena dos incisos I, IV e V, do artigo 157 do Código Penal, mas considerá-las na fixação das penas, tendo sido expedido alvará de soltura em favor do paciente.

Posteriormente, em 09/04/2012 foi prolatada nova sentença (fls. 100/114), que condenou o paciente a 9 anos de reclusão e 22 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I, II, IV e V do Código Penal. A título de ilustração, segue trecho do *decisum*:

Fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa (CP, 49, caput), porque o grau de reprovabilidade da conduta do agente é elevado. Os elementos de convicção demonstraram que se tratava de delito premeditado, efetuado por agente profissional, que utilizava de seus conhecimentos para perpetração de delitos de grande potencial vulnerante ao bem jurídico penalmente tutelado (patrimônio). Ademais, a carga e demais objetos do veículo não foram recuperados, ocasionando vultoso prejuízo.

Não há, na segunda fase de aplicação da pena, circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) a serem consideradas.

Em relação à terceira fase da dosagem, constata-se a presença das causas de aumento de pena decorrentes do emprego de grave ameaça exercido com; por meio de arma de fogo; do concurso de agentes; do transporte do veículo subtraído para outro Estado da Federação; e da manutenção da vítima em poder dos agentes (CP, 157, § 2º, I, II, IV e V). O acusado, juntamente com outros dois ou três indivíduos, restringiu a liberdade da vítima por aproximadamente 4 (quatro) horas, sob ameaça,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mediante emprego de arma de fogo, transportando o veículo e seu conteúdo para outro Estado da Federação, a fim de dificultar a apuração do delito. Por tais razões, aumenta-se a pena de 1/2 (metade), o que resulta na pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos de reclusão e na pena de multa em 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato (CP, 49, § 1º), atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (CP, 49, § 2º), em atenção à situação econômica do réu (CP, 60, caput).

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial fechado, tendo em vista que o crime é apenado com reclusão, a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais são desfavoráveis (CP, 33).

Não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nem de concessão de suspensão condicional da pena, porque, além de a pena aplicada ser superior a 4 (quatro) anos e o crime ter sido cometido com grave ameaça à pessoa (CP, 44, I e 77, caput), as circunstâncias judiciais são desfavoráveis (CP, 44, III).

(...)

Não poderão os condenados recorrer em liberdade.

Cuidam os autos de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (CPP, 313, I), cuja materialidade e autoria estão provadas (CPP, 312, parte final).

Os acusados foram condenados a quantidade considerável de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado. A experiência demonstra que, nesses casos, há fundado risco de os condenados vir a eximir-se da responsabilização penal, o que evidencia a necessidade da decretação da prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, nenhum dos condenados possui emprego fixo. GERRY ADRIANE era investigado por roubo de carga desde 2006 e LUCIANO PEREIRA DE AZEVEDO reside fora do distrito da culpa.

Por outro lado, não se vislumbra a possibilidade de substituição por outra medida cautelar diversa da prisão. Isso porque, na espécie, as medidas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal ou se afiguram inapropriadas ou se revelam insuficientes (CPP, 319, § 6º).

Assim, presentes os pressupostos, requisito e fundamento da prisão preventiva, e não se revelando adequadas ou suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, decreto a prisão preventiva de GERRY ADRIANE DA SILVA e LUCIANO PEREIRA DE AZEVEDO.

Inconformada, a defesa impetrou prévio *habeas corpus*, que restou denegado em acórdão assim fundamentado:

Depreende-se dos autos que a prisão do paciente é necessária ao resguardo da ordem pública e à salvaguarda da aplicação da lei penal, devendo ser negada a presente ordem de Habeas Corpus.

É que não se vislumbra o constrangimento ilegal propalado pelo combativo impetrante, tendo em vista os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, trata-se de acusação de delito grave, a saber: roubo, praticado em concurso de agentes, mediante emprego de grave ameaça exercida com o emprego de armas de fogo, estando presentes indícios de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autoria e materialidade.

Outrossim, necessária se faz a garantia da ordem pública, pois a prisão não visa à proteção do processo ou da pretensão condenatória, e sim à proteção da ordem pública, interesse que vai além do feito, levando-se em conta a sociedade como um todo.

(...)

Caracterizados, pois, os elementos para a manutenção da custódia preventiva, em razão da ordem pública que merece ser protegida, não há que se falar em outorga do benefício da liberdade provisória.

(...)

Ademais, condições pessoais favoráveis (como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita) não garantem eventual direito à liberdade provisória, quando presentes os requisitos da prisão preventiva.

(...)

Por derradeiro, conforme consignado na Súmula nº 09, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, a exigência da prisão processual não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, pois, de modo algum, quer significar antecipação de pena. (fls. 120/125)

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante alega que o Juízo sentenciante, "inobservando que houve recurso somente da defesa, e que o Paciente esteve preso por um período correspondente a 01 ano, 11 meses e 29 dias - período de 12/05/2009 a 11/05/2011, além de condená-lo à pena de 09 (nove) anos de reclusão (a decisão anulada o havia condenado à pena de 05 anos e 08 meses), pelo mesmo artigo, a ser cumprida no regime inicial fechado, negou-lhe o direito de Apelar em Liberdade, Decretou a sua Prisão Preventiva, determinando, em decorrência, para tanto, que em seu desfavor fosse expedido Mandado de Prisão, ainda não cumprido, sem que o Paciente desse qualquer motivo para que isso ocorresse."

Sustenta que, "embora a apelação permita o reexame da matéria decidida na sentença, o efeito devolutivo não é pleno, ou seja, não pode resultar do julgamento decisão desfavorável a parte que interpôs o recurso."

Acrescenta que o paciente é primário e de bons antecedentes e que "continua residindo no distrito da culpa, foi intimado dos termos da nova decisão em seu mesmo endereço residencial, ocasião em qual assinou termo de recurso, que foi ratificado por seu defensor (doc. 8), trabalha desde que foi posto em liberdade, no distrito da culpa, e que no período em que estava em liberdade, ainda está, não pôs em risco a aplicação da lei penal, nem criou qualquer tipo de embaraço para a justiça, muito menos voltou a delinquir, a ponto de ensejar a decretação da sua prisão preventiva."

Colaciona julgados desta Corte segundo os quais a gravidade do delito, por si só, não basta a justificar a decretação de prisão cautelar e, ao final, conclui pela ausência de razões substanciais que recomendem a manutenção da medida excepcional.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Requer, liminarmente e no mérito, a revogação do decreto de prisão preventiva, expedindo-se o competente alvará de soltura.

O pedido de medida liminar foi deferido, às fls. 145/149, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento do mérito deste *writ* ou o trânsito em julgado do feito, o que advir primeiro, se por outro motivo não estiver preso.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Pedro Henrique Távora Niess, pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 251.623 - SP (2012/0171430-5)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. PRISÃO CAUTELAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. (1) GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. OCORRÊNCIA. FALTA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A MEDIDA. (2) DECRETAÇÃO EM NOVA SENTENÇA PROFERIDA APÓS RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. PACIENTE SOLTO POR FORÇA DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. (3) ORDEM CONCEDIDA. CONFIRMADA A LIMINAR.

1. A prisão processual é medida odiosa, cabível apenas quando imprescindível para a esmerada prestação jurisdicional, ou seja, quando presente alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Por força do parágrafo único do art. 310 do mesmo diploma legal, tal disposição estende-se - evidentemente - à prisão em flagrante. *In casu*, prisão provisória que não se justifica ante a fundamentação inidônea para o indeferimento da liberdade provisória.

2. Mostra-se descabida a decretação de prisão cautelar em nova sentença proferida em razão de recurso exclusivo da defesa, sendo que o Paciente, inclusive, estava em livramento condicional, pois cumprira parte da pena imposta na primeira sentença que foi anulada pelo Tribunal *a quo*.

3. Ordem concedida a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade. Confirmada a liminar deferida.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

A questão trazida a deslinde abarca o exame da fundamentação da decisão que indeferiu a liberdade provisória ao paciente. Confirma-se, pois, o dito pelo Juízo de origem ao proferir nova decisão, em razão de recurso exclusivo da defesa, em 09/04/2012, que condenou o paciente a 9 anos de reclusão e 22 dias-multa, em regime inicial fechado, como incurso no artigo 157, § 2.º, incisos I, II, IV e V do Código Penal. Segue trecho do *decisum*:

Fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e 15 (quinze) dias-multa (CP, 49, caput), porque o grau de reprovabilidade da conduta do agente é elevado. Os elementos de convicção demonstraram que se tratava de delito premeditado, efetuado por agente profissional, que utilizava de seus conhecimentos para perpetração de delitos de grande potencial vulnerante ao bem jurídico penalmente tutelado (patrimônio). Ademais, a carga e demais objetos do veículo não foram recuperados, ocasionando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vultoso prejuízo.

Não há, na segunda fase de aplicação da pena, circunstâncias legais (agravantes e atenuantes) a serem consideradas.

Em relação à terceira fase da dosagem, constata-se a presença das causas de aumento de pena decorrentes do emprego de grave ameaça exercido com; por meio de arma de fogo; do concurso de agentes; do transporte do veículo subtraído para outro Estado da Federação; e da manutenção da vítima em poder dos agentes (CP, 157, § 2º, I, II, IV e V). O acusado, juntamente com outros dois ou três indivíduos, restringiu a liberdade da vítima por aproximadamente 4 (quatro) horas, sob ameaça, mediante emprego de arma de fogo, transportando o veículo e seu conteúdo para outro Estado da Federação, a fim de dificultar a apuração do delito. Por tais razões, aumenta-se a pena de 1/2 (metade), o que resulta na pena privativa de liberdade de 9 (nove) anos de reclusão e na pena de multa em 22 (vinte e dois) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato (CP, 49, § 1º), atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (CP, 49, § 2º), em atenção à situação econômica do réu (CP, 60, caput).

A pena privativa de liberdade deve ser cumprida em regime inicial fechado, tendo em vista que o crime é apenado com reclusão, a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais são desfavoráveis (CP, 33).

Não há possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nem de concessão de suspensão condicional da pena, porque, além de a pena aplicada ser superior a 4 (quatro) anos e o crime ter sido cometido com grave ameaça à pessoa (CP, 44, I e 77, caput), as circunstâncias judiciais são desfavoráveis (CP, 44, III).

(...)

Não poderão os condenados recorrer em liberdade.

Cuidam os autos de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos (CPP, 313, I), cuja materialidade e autoria estão provadas (CPP, 312, parte final).

Os acusados foram condenados a quantidade considerável de pena privativa de liberdade, a ser cumprida em regime fechado. A experiência demonstra que, nesses casos, há fundado risco de os condenados vir a eximir-se da responsabilização penal, o que evidencia a necessidade da decretação da prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Ademais, nenhum dos condenados possui emprego fixo. GERRY ADRIANE era investigado por roubo de carga desde 2006 e LUCIANO PEREIRA DE AZEVEDO reside fora do distrito da culpa.

Por outro lado, não se vislumbra a possibilidade de substituição por outra medida cautelar diversa da prisão. Isso porque, na espécie, as medidas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal ou se afiguram inapropriadas ou se revelam insuficientes (CPP, 319, § 6º).

Assim, presentes os pressupostos, requisito e fundamento da prisão preventiva, e não se revelando adequadas ou suficientes as medidas cautelares diversas da prisão, decreto a prisão preventiva de GERRY ADRIANE DA SILVA e LUCIANO PEREIRA DE AZEVEDO.

Verifica-se que foi majorada a pena imposta ao paciente e determinada sua segregação cautelar quando da prolação de sentença proferida após o julgamento de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

exclusivo da defesa, quando o paciente já estava em gozo do livramento condicional, o que se mostra inadmissível.

Nesse sentido, guardadas as peculiaridades do caso, o seguinte voto proferido o âmbito da Quinta Turma desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONDENAÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA QUE CONDICIONOU A PRISÃO DO PACIENTE AO TRÂNSITO EM JULGADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, NOS AUTOS DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS. REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCABIMENTO. FATOS NOVOS. INEXISTÊNCIA.

1. Conforme o entendimento dos Tribunais Superiores, a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus.

2. Não afasta a ilegalidade o fato de a prisão ter ocorrido em atendimento a pleito oral feito pelo representante do Parquet que oficiava perante o Órgão Colegiado, durante a sessão de julgamento.

3. Se o Ministério Público não interpôs recurso contra a sentença que, expressamente, autorizou o apelo do réu em liberdade, a questão precluiu.

4. Diante da inexistência de apelo ministerial, o Procurador de Justiça presente à sessão agia tão-somente na função de custos legis, lhe sendo facultado apenas se contrapor ou se manifestar favorável aos pleitos formulados na apelação defensiva. Não podia formular pedido autônomo em desfavor do Réu, visando suprir a inércia do Órgão Ministerial de 1º grau.

5. A teor do art. 316 do Código de Processo Penal, é possível a decretação de prisão preventiva no curso do processo, ainda que esta tenha sido anteriormente revogada, se sobrevierem razões que justifiquem tal medida. Contudo, essa providência - de apreciar as alterações fáticas da situação determinantes da custódia - compete ao juiz da causa, não podendo supri-la o Tribunal de origem em recurso exclusivo da Defesa.

6. Hipótese em que todos os fatos utilizados como fundamento para a decretação da custódia eram anteriores à sentença 7. Ordem concedida, para declarar a nulidade da decretação da prisão preventiva do Paciente, nos autos apelação n.º 024100908375, com a expedição de salvo-conduto em seu favor.

(HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 12/04/2011)

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. RÉU RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. APELAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXCLUSIVA DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. RECURSO PROVIDO.

1. Esta Suprema Corte firmou entendimento no sentido de ser inidônea a decretação de prisão preventiva fundamentada apenas nos maus antecedentes do réu, mormente quando respondeu ao processo em liberdade, como ocorre no caso. Precedentes.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, 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" (HC 84.078/MG, rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF 534).

3. A decisão que determinou a prisão do ora recorrente não se encontra fundamentada nos pressupostos que autorizam a segregação cautelar prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

4. Ocorrência de *reformatio in pejus* na espécie, na medida em que houve piora na situação do réu que respondeu a todo o processo em liberdade, e o Tribunal Estadual, ao julgar a apelação interposta exclusivamente pela defesa, negou provimento ao recurso e determinou sua prisão imediata, sem que tenham surgidos fatos novos.

5. Recurso provido.

(RHC n. 100.973, Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 27/5/2010)

Habeas corpus. Sentença que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. Recurso de apelação exclusivo da defesa. *Reformatio in pejus*. Precedentes da Suprema Corte.

1. Configura-se *reformatio in pejus* a decisão de Tribunal de Justiça que, ao negar provimento à apelação exclusiva da defesa, determina a expedição de mandado de prisão contra o recorrente quando a sentença condenatória condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação.

2. Ordem de *habeas corpus* concedida.

(HC n. 93.356, Menezes Direito, Primeira Turma, DJe 5/6/2008)

Note-se que entre a soltura do paciente com relação à primeira sentença (livramento condicional) e a decretação da prisão com base na segunda sentença, o Magistrado sentenciante não apontou qualquer motivo a ensejar a segregação provisória do paciente, a não ser a gravidade do delito cometido.

É de ver também que a decisão do Magistrado de primeiro grau não apontou elementos concretos que demonstrem a necessidade da medida extrema, ressaltando apenas a gravidade genérica do crime de roubo circunstanciado, fundamento que se mostra insuficiente.

De outro lado, o acórdão guerreado denegou a ordem de *habeas corpus* também sem demonstrar de forma concreta a necessidade de prisão provisória.

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No processo penal de cariz democrático, a liberdade é a regra, a qual deve ser prestigiada diuturnamente. Outro não foi o norte assinado na 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)

Nessa senda, revela-se carente de fundamentação a decisão que determinou a custódia cautelar do paciente.

Ora, há de ver que declinar, unicamente, tais dados, sem respaldo em circunstâncias colhidas da situação concreta, não se constituem elementos aptos a ensejar a prisão provisória.

Ao que se me afigura, debruçando-me sobre o caso em concreto, a prisão provisória não se sustenta, porque nitidamente desvinculada de qualquer elemento de cautelaridade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nunca é demais lembrar que a prisão processual deve ser configurada no caso de situações extremas, em meio a dados sopesados da experiência concreta, porquanto o instrumento posto a cargo da jurisdição reclama, antes de tudo, o respeito à liberdade.

Dúvida não há, portanto, de que a liberdade, antes do trânsito em julgado, é a regra, não compactuando com a automática determinação/manutenção de encarceramento. Pensar-se diferentemente seria como estabelecer uma gradação no estado de inocência presumida. Ora, é-se inocente, numa primeira abordagem, independentemente da imputação. Tal decorre da raiz da idéia-força da presunção de inocência e deflui dos limites da condição humana, a qual se ressentir de imanente falibilidade.

A necessidade de motivação das decisões judiciais – dentre as quais se insere aquela relativa ao *status libertatis* do imputado antes do trânsito em julgado – não pode significar, a meu ver e com todo o respeito dos votos contrários, a adoção da tese de que, nos casos de crimes graves, há uma presunção relativa da necessidade da custódia cautelar em se tratando de flagrante. E isso porque a Constituição da República não distinguiu, ao estabelecer que ninguém poderá ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, entre crimes graves ou não, tampouco estabeleceu graus em tal presunção. 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 legis*, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, pp. 226-227).

Assim, no caso concreto, não havendo a indicação de elementos específicos do caso que, concretamente, apontem a necessidade da medida cautelar, não pode subsistir a decisão, por falta de motivação idônea.

Essa tem sido a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, abominando-se a fundamentação da manutenção da prisão em flagrante calcada apenas em proposições genéricas:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes.

2. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada.

3. A liberdade provisória de que cuida o artigo 310, parágrafo único, do Código de Processo Penal, no caso, pois, de prisão em flagrante, está subordinada à certeza da inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva.

4. O *decisum* que indefere liberdade provisória há de substanciar-se no fato-crime e no homem-autor concretos, não bastando, contudo, a alusão simples à gravidade e às circunstâncias do fato.

5. Ordem concedida.

(HC 57133/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 03.09.2007)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. ILEGALIDADE MANTIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A prisão cautelar, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória.

2. A prolação de sentença condenatória não prejudicada a análise do pedido, na medida em que mantida a prisão cautelar, sem que nenhum fundamento válido fosse indicado ou acrescentado, persistindo, desse modo, a ilegalidade.

3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em seu favor se por outro motivo não estiver preso.

(HC 66.922/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)

NÃO HÁ PRISÃO PREVENTIVA OBRIGATÓRIA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE DEVE SER EXAMINADO PELO JUÍZO. SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA LIBERDADE PROVISÓRIA, O FLAGRANTE NÃO IMPEDE SUA OUTORGA AO PRESO. O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO EXIGE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO.

1. A prisão em flagrante não impede, só por só, a concessão de liberdade provisória, se seus requisitos estiverem preenchidos.

2. A simples referência à lei ou à gravidade do delito não basta para seu indeferimento, exigindo-se fundamentação idônea e adequada.

3. Ordem concedida.

(HC 121.920/MG, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 10/08/2009)

Prisão em flagrante. Liberdade provisória (indeferimento). Fundamentação (necessidade). Sentença condenatória recorrível (superveniência). Ilegalidade (protramento).

1. Sendo lícito ao juiz, no caso de prisão em flagrante, conceder ao réu liberdade provisória (Cód. de Pr. Penal, art. 310, parágrafo único), o seu ato, seja ele qual for, não prescindirá de fundamentação.

2. Tratando-se de ato (negativo) sem suficiente fundamentação, é de se reconhecer, daí, que o paciente sofre a coação ensejadora do habeas corpus.

3. A superveniência de sentença condenatória recorrível – espécie de prisão provisória – não atrapalha o raciocínio relativo à prisão cautelar sem efetiva fundamentação. Quando existente, a ilegalidade vai à frente, protraindo-se no tempo.

4. Ordem concedida.

(HC 56.995/SP, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 22/04/2008)

Ante o exposto, confirmada a liminar deferida, **concedo** a ordem a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

156.01.2009.003.955-8 (278/09), em trâmite perante o Juízo da 1.^a Vara da Comarca de Cruzeiro/SP, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada, inclusive, a possibilidade de decretação de nova prisão, caso demonstrada sua necessidade.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0171430-5

HC 251.623 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1088114020128260000 2782009 39554720098260156 925191

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DILSON DA SILVA NOGUEIRA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: GERRY ADRIANE DA SILVA
CORRÉU	: LUCIANO PEREIRA DE AZEVEDO
CORRÉU	: CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA

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 Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.