



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.144 - SP (2014/0222203-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o 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 CPP.

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. 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. O juiz de primeira instância, ao sentenciar, mencionou, abstrata e genericamente, que a custódia cautelar seria necessária "em função da comprovação da prática, pelos réus, de intensa atividade no tráfico, que não pode evidentemente prosseguir, sob pena de colocar em risco a sociedade", deixando de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de segregação do réu, que, aliás, respondeu ao processo em liberdade.

4. Embora o caso dos autos seja dotado de especial gravidade – grande quantidade de drogas apreendidas, elevada nocividade da substância entorpecente (25 quilos de cocaína) e existência de provas acerca de uma associação criminosa, bem estruturada e com divisão de tarefas, que se estabeleceu especialmente para o tráfico de drogas e que estava em pleno funcionamento –, tais elementos não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

poderiam, agora, ser invocados por este Superior Tribunal para demonstrar a necessidade da prisão preventiva, sob pena de incorrer-se na inadmissível inovação de fundamentação.

5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, decretada no Processo n. 0002095-24.2012.8.26.0344, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP, devendo aguardar em liberdade o trânsito em julgado, se por outro motivo não estiver preso. Fica, no entanto, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos dos arts. 282 c/c 319 do CPP, visto que não preclui o poder judicial de prover as exigências cautelares do caso concreto, dada a provisoriedade que caracteriza as medidas cautelares em geral, sujeitas à permanente avaliação do julgador quanto a sua adequação e sua necessidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA, pela parte PACIENTE: OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO.

Brasília, 10 de fevereiro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.144 - SP (2014/0222203-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, que indeferiu liminarmente o HC n. 2120493-84.2014.8.26.0000.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por duas vezes, e no art. 35, *caput*, da mesma lei, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade (Processo n. 0002095-24.2012.8.26.0344).

O impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que as instâncias ordinárias não fundamentaram, concretamente, a negativa do direito de recorrer em liberdade.

Considera que o Tribunal estadual incorreu em equívoco, visto que consignou que o paciente permaneceu preso durante a instrução criminal, quando, na verdade, "respondeu, em liberdade, à toda ação penal, ainda que intentados diversos pleitos, a fim de que lhe fosse decretada prisão cautelar" (fl. 11).

Pondera que a gravidade abstrata do delito não justifica, por si só, a custódia cautelar e defende que não está configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

Requer a concessão da ordem, para que seja concedido ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado.

A liminar foi indeferida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante a suficiente instrução dos autos, foi dispensada a solicitação de informações.

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

Em consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verifico que ainda não sobreveio o trânsito em julgado da condenação, estando pendente o julgamento do recurso de apelação interposto pela defesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 303.144 - SP (2014/0222203-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ART. 312 DO CPP. *PERICULUM LIBERTATIS*. INDICAÇÃO NECESSÁRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de segregar o 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 CPP.

2. A prisão provisória se mostra legítima e compatível com a presunção de inocência somente se adotada em caráter excepcional, mediante decisão suficientemente motivada. 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. O juiz de primeira instância, ao sentenciar, mencionou, abstrata e genericamente, que a custódia cautelar seria necessária "em função da comprovação da prática, pelos réus, de intensa atividade no tráfico, que não pode evidentemente prosseguir, sob pena de colocar em risco a sociedade", deixando de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de segregação do réu, que, aliás, respondeu ao processo em liberdade.

4. Embora o caso dos autos seja dotado de especial gravidade – grande quantidade de drogas apreendidas, elevada nocividade da substância entorpecente (25 quilos de cocaína) e existência de provas acerca de uma associação criminosa, bem estruturada e com divisão de tarefas, que se estabeleceu especialmente para o tráfico de drogas e que estava em pleno funcionamento –, tais elementos não poderiam, agora, ser invocados por este Superior Tribunal para demonstrar a necessidade da prisão preventiva, sob pena de incorrer-se na inadmissível inovação de fundamentação.

5. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, decretada no Processo n. 0002095-24.2012.8.26.0344, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP, devendo aguardar em liberdade o trânsito em julgado, se por outro motivo não estiver preso. Fica, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entanto, ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente demonstrada a sua necessidade, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos dos arts. 282 c/c 319 do CPP, visto que não preclui o poder judicial de prover as exigências cautelares do caso concreto, dada a provisoriedade que caracteriza as medidas cautelares em geral, sujeitas à permanente avaliação do julgador quanto a sua adequação e sua necessidade.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

I.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que o paciente foi condenado à pena de 15 anos de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática dos delitos descritos no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, por duas vezes, e no art. 35, *caput*, da mesma lei.

O Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP, ao proferir sentença condenatória em desfavor do ora paciente, assim consignou (fls. 152-161, destaquei):

OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO, vulgo "Casinho", qualificado nos autos, foi denunciado como incurso, por duas vezes, no artigo 33, "caput", da Lei 11.343/06 c.c. o artigo 29, "caput", do Código Penal, e artigo 35, "caput", da Lei 11.343/06, c.c. o artigo 69, todos do Código Penal, e MÁRCIA CRISTINA JORGE, qualificada nos autos, foi denunciada como incurso no artigo 35, "caput", da Lei 11.343/06, [...]:

Diante da prova produzida, é lícito concluir que os acusados estavam associados para cometerem os crimes de tráfico de drogas de que foram acusados.

[...]

Na mala que a ré transportava havia 25 quilos de cocaína que [...] seriam destinados ao tráfico.

Ademais, devido à grande quantidade de droga apreendida, é lícito presumir que a ré efetivamente pertença a uma organização criminosa e que tinha a função de intermediar a compra e também de transportar a droga para o interior do Estado, a fim de ser beneficiada e revendida.

Resta agora analisar se o réu Oscar também integrava referida organização e se tinha ligação com a ré e o tráfico por ela praticado.

[...]

Nestes diálogos, portanto, **fica evidente a associação dos acusados para o tráfico de drogas, restando claro que o réu seria o destinatário da droga, ou pelo menos parte dela, apreendida com a ré.**

Com efeito, **embora tenham negado em juízo, mutuamente, qualquer contato entre si, efetivamente mantiveram vários contatos telefônicos, inclusive com a finalidade de discutir o**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

preço e a quantidade do entorpecente. Pelos relatos, Márcia era a responsável pela intermediação entre os fornecedores de drogas de São Paulo e os do interior, dentre eles o réu Oscar, bem como pelo transporte da droga, a caracterizar de forma clara que integravam organização criminosa com divisão de tarefas, voltada para o tráfico de drogas.

Oscar também deve ser responsabilizado pelo tráfico, da mesma forma que a ré Márcia, pois **há prova satisfatória de que concorreu para o crime, vez que encomendou a droga, ou parte dela, apreendida com a ré Márcia no dia 12/07/2011.**

Passemos, agora, à análise do envolvimento do réu com a droga encontrada com Ezequiel e Emerson, presos em flagrante no dia 30/07/2011 em Marília.

[...]

Não há dúvidas, portanto, que o réu manteve contato telefônico com Ezequiel para combinar o fornecimento e entrega de entorpecente.

E ainda que Ezequiel e Emerson tenham sido absolvidos da prática do tráfico, [...], sendo que apenas Emerson teve sua conduta desclassificada para posse de entorpecente para uso próprio, **é inequívoco que a droga encontrada com Emerson e Ezequiel foi fornecida pelo réu Oscar, motivo pelo qual deve ser responsabilizado pelo tráfico.**

Ademais, conforme se infere de outros diálogos gravados, **o réu Oscar possuía ampla carteira de clientes, pois a todo momento foi flagrado negociando a venda de entorpecente por meio telefônico, [...].**

Na ocasião, o juiz sentenciante negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, pelos seguintes fundamentos (fl. 165, grifei):

Nego aos réus o apelo em liberdade **em função da comprovação da prática, pelos réus, de intensa atividade no tráfico**, que não pode evidentemente prosseguir, sob pena de colocar em risco a sociedade, e também em face da elevada pena a que foram condenados. Assim, para garantia da ordem pública e para evitar que tomem paradeiro ignorado, frustrando o cumprimento da pena, devem ser cautelarmente detidos, expedindo-se mandados de prisão.

A defesa, então, ingressou com remédio constitucional no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tribunal de origem, tendo a ordem sido indeferida liminarmente, pelos argumentos abaixo expostos (fls. 171-179):

Além disso, nos termos do artigo 663, da Lei Penal Adjetiva, verifica-se que a hipótese é de indeferimento in limine da ordem, dispensando-se também a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça.

“A autoridade judiciária pode entender que a inicial deve ser indeferida liminarmente por inépcia, mera reiteração ou ausência de pressuposto processual, quando não requisitará informações de autoridade coatora nem determinará que seja preenchido algum requisito.”

Os pressupostos processuais estão relacionados à possibilidade jurídica e cabimento do pedido, interesse de agir, legitimidade de parte e adequação da via eleita.

Admite-se, da mesma forma, o indeferimento liminar do habeas corpus “quando manifestamente improcedentes as alegações do impetrante 2”. Esse é o caso.

O paciente foi condenado por sentença prolatada em 16 de julho de 2014, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e mais o pagamento de 1.900 (um mil e novecentos) dias-multa, por infração aos artigos 33 e 35, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe negado o apelo em liberdade.

Pretende o impetrante, via o presente remédio heroico, a concessão do direito de o réu recorrer em liberdade, alegando falta de fundamentação no indeferimento da benesse.

Mas razão não lhe assiste.

Inicialmente, anoto que a restrição da liberdade para aguardar o julgamento do apelo não viola a presunção de inocência ou caracteriza execução antecipada da pena, antes mesmo de a condenação transitar em julgado.

A ordem de recolhimento do réu à prisão não significa considerá-lo culpado e nem gera os efeitos próprios da condenação; trata-se de providência de precaução, tomada após cuidadoso exame de elementos existentes nos autos, quando as circunstâncias do caso levam à presunção de que ele voltará a delinquir ou procurará furtar-se à execução, caso a condenação venha a tornar-se definitiva.

[...]

Da mesma forma, não viola a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como observa o Ministro Néri da Silveira, do Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal: “O Pacto de São José da Costa Rica, que instituiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não impede em tema de proteção ao status libertatis do réu (artigo 7º, nº 2) -, que se ordene a privação antecipada da liberdade do indiciado, do acusado ou do condenado, desde que esses atos de constrição pessoal se ajustem às hipóteses previstas no ordenamento doméstico de cada Estado signatário desse documento internacional. O sistema jurídico brasileiro, além das diversas modalidades de prisão cautelar, também admite aquela decorrente de sentença condenatória meramente recorrível” (JSTF 224/311).

Por outro lado, é de se ressaltar que não só a primariedade, o trabalho lícito e a residência fixa são suficientes para infirmar a necessidade da custódia preventiva. Deve-se relevar, sobremaneira, as circunstâncias do crime e suas consequências, elementos valiosos para a imposição da medida de exceção, pois que informadores da personalidade do agente dotada de potencialidade perigosa.

[...]

Ademais, a decisão que decreta, ou mantém, a prisão, se fundamentada, ainda que de forma sucinta, com os dispositivos legais é o quanto basta. No presente caso, o juiz de 1º Grau a fez adequadamente ao prolatar a sentença condenatória, trazendo os elementos de convicção que motivaram a medida de exceção.

O réu foi condenado por crime grave, equiparado a hediondo, e que tem se mostrado como um dos grandes flagelos da sociedade, tendo respondido ao processo sob custódia, não sendo razoável soltá-lo após a decisão de mérito.

Observo, ainda, que a prisão cautelar não ofende a presunção de inocência. Medida acautelatória, de cunho processual, visa a cessação da prática criminosa e assegurar a prova da materialidade do fato e de sua autoria. Nesse sentido, decisão do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Assim, a gravidade da infração revela a periculosidade do paciente e justifica a necessidade da custódia preventiva para assegurar a aplicação da lei penal e para garantir a ordem pública.

Ademais, a deterioração moral em destacados seguimentos da sociedade brasileira já alcançou níveis insuportáveis, a ponto de afetar a tranquilidade social e a própria ordem pública. As práticas criminosas se tornaram condutas corriqueiras, de execução fácil e exercidas descaradamente, numa verdadeira inversão de valores.

A prática de todo crime grave, seja pela sua própria natureza ou em razão dos meios de execução empregados e da extensão danosa das sequelas que causa, deixa clara a potencial periculosidade daquele que é apontado como seu autor, demandando uma resposta penal mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dura e efetiva, funcionando como um elemento inibidor da disseminação de delitos do mesmo grau de lesividade.

Em conclusão, não se vislumbra nenhuma ilegalidade ou constrangimento no ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília SP.

Pelo exposto, INDEFIRO LIMINARMENTE A ORDEM impetrada em prol de Oscar de Souza do Nascimento.

II.

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 artigo 312 do Código de Processo Penal." (RHC n. 49.799/BA, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 5/9/2014).

Isso significa dizer que, para submeter alguém à prisão cautelar, é cogente a fundamentação concreta, sob as balizas do art. 312 do Código de Processo Penal, 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*).

Sob essas premissas, verifico que, no caso, **não se mostram suficientes as razões invocadas pelo juiz de primeiro grau para embasar a ordem de prisão do ora paciente, porquanto deixou de contextualizar, em dados concretos dos autos, a necessidade cautelar de segregação do réu.**

Com efeito, o juiz de primeira instância mencionou, **abstrata e genericamente**, que a custódia cautelar seria necessária "em função da comprovação da prática, pelos réus, de intensa atividade no tráfico, que não pode evidentemente prosseguir, sob pena de colocar em risco a sociedade" (fl. 165).

Ainda, considerou devida a segregação cautelar "para garantia da ordem pública e para evitar que [os acusados] tomem paradeiro ignorado, frustrando o cumprimento da pena" (fl. 165), argumentos que, de igual modo, também não justificam a prisão preventiva, sobretudo porque não foi apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente estivesse tentando empreender fuga ou se utilizando de qualquer outro meio para se furtar à aplicação da lei penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O tribunal de origem, por sua vez, limitou-se à alegação de que "o réu foi condenado por crime grave, equiparado a hediondo, e que tem se mostrado como um dos grandes flagelos da sociedade, respondido ao processo sob custódia, não sendo razoável soltá-lo após a decisão de mérito" (fl. 176).

Contudo, os malefícios gerados pelas drogas e pelo narcotráfico à sociedade como um todo constituem elementos inerentes à própria gravidade abstrata do crime praticado, razão pela qual não constituem argumentos idôneos a ensejar a custódia antecipada.

A prevalecer a argumentação da decisão, todos os crimes de tráfico ensejariam a prisão cautelar de seus respectivos autores, o que não se coaduna com a excepcionalidade da prisão preventiva, princípio que há de ser observado para a convivência harmônica da cautela pessoal extrema com a presunção de não culpabilidade.

Ademais, ressalto que, ao contrário do que asseverou o tribunal de origem, **o paciente respondeu a todo o processo em liberdade. Ainda, acrescento que o juiz de primeiro grau indeferiu o pedido de decretação da prisão preventiva formulado pelo Ministério Público** (fls. 47-48).

III.

A motivação das decisões jurisdicionais, conforme imposição do art. 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 ensina 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 das decisões jurisdicionais a servir



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de controle, da sociedade e 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 quanto à necessidade da segregação cautelar. Tal fundamentação somente será, a seu turno, **válida se forem indicados os motivos concretos pelos quais se decreta 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):

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 o seguinte ensinamento:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. 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 art. 312 do Código de Processo Penal.

Em igual direção se notabiliza a jurisprudência que se construiu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 voltada 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 art. 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 na 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, do direito à progressividade da execução das penas e até, em certos casos, do direito à substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

IV.

Ressalto que o caso dos autos é dotado de especial gravidade, sobretudo em razão da grande quantidade de drogas apreendidas, da elevada nocividade da substância entorpecente **(25 quilos de cocaína)** e da existência de provas acerca de uma associação criminosa, bem estruturada e com divisão de tarefas, que se estabeleceu especialmente para o tráfico de drogas e que estava em pleno funcionamento.

No entanto, verifico que não foi apontado nenhum elemento concreto que, efetivamente, evidenciasse que o paciente, em liberdade, pudesse colocar em risco a ordem pública ou a ordem econômica, se furtar à aplicação da lei penal ou mesmo embaraçar o trâmite da instrução criminal, **razão pela qual tais elementos não poderiam, agora, ser invocados por este Superior Tribunal para demonstrar a necessidade da prisão preventiva, sob pena de incorrer-se na inadmissível inovação de fundamentação.**

Registro, outrossim, a manifestação favorável à concessão da ordem, pelo representante do Ministério Público Federal, em parecer de fls. 191-196:

De fato, o Juízo singular ao determinar a imediata expedição de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mandado de prisão autorizou a indevida execução provisória da pena privativa de liberdade, haja vista que o ora Paciente permaneceu solto durante todo o processo criminal.

Com efeito, cabe ressaltar que encontrando-se o réu em liberdade, não pode o mesmo ser encarcerado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, a não ser que sobrevenha alguma circunstância que autorize a decretação da prisão cautelar, o que não é o caso dos autos.

Nesse diapasão, essa Colenda Corte entende que tratando-se de paciente que permaneceu em liberdade provisória durante toda a ação penal, inclusive quando do processamento do apelo ministerial, resta caracterizado o constrangimento ilegal, quando a sentença ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado, sem indicar os motivos pelos quais seria necessário o seu recolhimento ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP.

(...)

Com estas considerações, o Ministério Público Federal se manifesta pela concessão da ordem.

V.

À vista do exposto, **concedo a ordem para revogar a prisão preventiva do paciente**, decretada no Processo n. 0002095-24.2012.8.26.0344, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Marília/SP, devendo aguardar em liberdade o trânsito em julgado, se por outro motivo não estiver preso.

Fica, no entanto, **ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente demonstrada a sua necessidade**, sem prejuízo de fixação de medida cautelar alternativa, nos termos dos art.s 282 c/c 319 do CPP, visto que não preclui o poder judicial de prover as exigências cautelares do caso concreto, dada a provisoriedade que caracteriza as medidas cautelares em geral, sujeitas à permanente avaliação do julgador quanto a sua adequação e sua necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0222203-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 303.144 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00020952420128260344 00406350920128260000 20120000304930 20140000534520
20952420128260344 21204938420148260000 406350920128260000

EM MESA

JULGADO: 10/02/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANKLIN RODRIGUES DA COSTA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO
CORRÉU : MARCIA CRISTINA JORGE

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). LUIZ FERNANDO MARQUES GOMES DE OLIVEIRA, pela parte PACIENTE: OSCAR DE SOUZA DO NASCIMENTO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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.