



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.163 - SP (2016/0076514-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : VINÍCIOS PEREIRA ROSA (PRESO)
ADVOGADO : ALAN LUTFI RODRIGUES
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE VEDADO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE RECURSO DA ACUSAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime. Precedentes do STF e STJ.

2. Caso em que o paciente, primário e preso provisoriamente desde 27/8/2015, foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses pelo crime de tráfico de drogas, no regime inicial fechado, vedado o direito de recorrer em liberdade. Ausência de recurso da acusação. Na sentença, a segregação cautelar foi mantida sem fundamentação concreta, mas, tão somente, em razão de o réu ter permanecido preso durante a instrução. Precedentes.

3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido para assegurar ao recorrente a liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 17 de maio de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.163 - SP (2016/0076514-4)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

RECORRENTE : VINICIOS PEREIRA ROSA (PRESO)

ADVOGADO : ALAN LUTFI RODRIGUES

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por VINICIOS PEREIRA ROSA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Segundo consta dos autos, o recorrente foi preso em flagrante em 27/8/2015, prisão convertida em preventiva, e condenado em 20/11/2015 à pena de 1 ano e 8 meses, no regime inicial fechado, vedado o recurso em liberdade.

Na ação originária, a defesa postulou a liberdade do paciente. Contudo, o Tribunal de origem denegou a ordem, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fl. 75):

HABEAS CORPUS - Tráfico - Apelo em liberdade - Inadmissibilidade - Réu que permaneceu custódia durante a instrução - Ordem denegada.

Nas razões do presente recurso, a defesa alega não haver motivo concreto, com base nas hipóteses legais do art. 312 do CPP que autorizem a manutenção da medida restritiva da liberdade. Ressalta que o réu, preso durante a instrução criminal, é primário, tanto que teve a pena-base fixada no mínimo legal e a sanção final imposta foi de 1 ano e 8 meses, o que demonstra não ser uma pessoa perigosa.

Diante disso, pede, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva, com a consequente expedição do alvará de soltura.

Previamente ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso ordinário, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 107):

Recurso em habeas corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Negativa do direito de recorrer em liberdade. Fundamentação idônea. Garantia da ordem pública. Modus operandi da conduta. Grande quantidade de droga. Requisitos do artigo 312 do CPP. Observância. Parecer pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consoante informações colhidas do *site* do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, somente a defesa recorreu da sentença, estando o recurso pendente de julgamento (Apelação Criminal n. 0018138-11.2015.8.26.0577).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 69.163 - SP (2016/0076514-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, neste recurso, a liberdade do recorrente, condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pelo crime tipificado no art. 33 da Lei n. 11.343/2006.

A prisão preventiva é uma medida excepcional, de natureza cautelar, que autoriza o Estado, observadas as balizas legais e demonstrada a absoluta necessidade, a restringir a liberdade do cidadão antes de eventual condenação com trânsito em julgado (art. 5º, LXI, LXV, LXVI e art. 93, IX, da CF).

Para a privação desse direito fundamental da pessoa humana é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em lastro probatório que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato e revele a imprescindibilidade da medida, vedadas considerações genéricas e vazias sobre a gravidade do crime.

Destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte que traduzem bem essa compreensão: STF, HC n. 128.615 AgR, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/8/2015, publicado em 30/9/2015; STF, HC n. 126.815, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão Ministro EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 4/8/2015, publicado em 28/8/2015; STJ, HC n. 321.201/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 6/8/2015, DJe 25/8/2015 e STJ, HC n. 296.543/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, a Magistrada singular, após afastar o benefício da substituição da pena, com base na quantidade e diversidade de drogas apreendidas, negou ao réu o direito de recorrer da sentença em liberdade, declinando os seguintes motivos (e-STJ fl. 57):

Consigno, ainda, que o condenado ficou preso cautelarmente durante o curso do processo, não tem o direito de apelar em liberdade, pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o preso conservado na prisão (RHC 3.473-4, 5ª Turma, rei. Min. Jesus Costa Lima, j. 23.3.94, v.u. 4.4.94, p. 6691), sendo de rigor a transferência imediata do mesmo para estabelecimento adequado para cumprimento da pena imposta. Oficie-se.

Outrossim, a douta Defesa impetrou o Habeas Corpus n. 2205424-83.2015.8.26, pleiteando a concessão da liberdade provisória (tis. 67/73 do primeiro apenso). Contudo, a 14- Câmara de Direito Criminal deste Egrégio Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegou a ordem, mantendo a custódia cautelar do réu (fls. 76/77 do primeiro apenso), o que vem a corroborar a impossibilidade do apelo em liberdade.

O Tribunal impetrado, por sua vez, manteve a decisão singular, consignando (e-STJ fl. 76):

Em que pesem os argumentos dispendidos, a ordem deve ser denegada.

Inconformado com a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, foi impetrado Habeas Corpus em favor do paciente que recebeu o nº 2205424-83.2015.8.26.000, postulando a concessão de liberdade provisória. Este mandamus foi julgado em 05 de novembro de 2015, sendo denegada a ordem, reconhecida a inexistência de constrangimento ilegal, na medida em que a decisão que firmou a necessidade da manutenção da custódia cautelar reveste-se de fundamentação legítima.

Com efeito, conforme se depreende dos autos, o paciente permaneceu preso durante toda a instrução criminal.

Desta feita, como é cediço, àquele que e encontra preso não é deferido o direito de apelar em liberdade, mesmo que primário e com bons antecedentes.

Como se vê, a prisão cautelar foi mantida, mesmo após uma condenação de 1 ano e 8 meses, sem qualquer fundamentação concreta, mas, tão somente porque o paciente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

permaneceu preso durante a instrução criminal.

Com efeito, "[c]onforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a preservação da custódia processual imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige a indicação de elementos concretos a justificar a sua necessidade, à luz do art. 312 do CPP." (HC n. 347.010/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 12/04/2016).

Em igual sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E VEDAÇÃO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA CORTE LOCAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA PENDENTE DE JULGAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de entorpecentes não serve de fundamento para a fixação do regime inicial fechado, tampouco para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.464/2007, e de parte do art. 44 da Lei nº 11.343/2006.**

3. **O discurso judicial que se apresenta puramente teórico, carente de real elemento de convicção não justifica o regime mais severo para o cumprimento da pena privativa de liberdade, nem mesmo a prisão provisória, máxime diante das peculiaridades do caso concreto, em que o acusado foi flagrado com 6,4 g de cocaína e condenado a 1 ano e 8 meses de reclusão, com apelação interposta apenas pela defesa, pendente de julgamento.**

4. A garantia do direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal é suficiente para fazer cessar eventual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constrangimento na fixação do regime prisional e negativa de substituição pelo Juízo sentenciante, devendo-se aguardar a apreciação exauriente dessas matérias pela Corte local no âmbito do recurso de apelação efetivamente interposto pela defesa, sob pena de supressão de instância.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 327.726/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2015, DJe 16/12/2015)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO EM PARTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A vedação legal à concessão de liberdade provisória aos presos em flagrante por delitos hediondos ou crimes a ele equiparados já foi reconhecida incidentalmente como inconstitucional pelo STF, no julgamento do HC n. 104339/SP, em 10/5/2012. Desse modo, o referido óbice legal, a alegada hediondez do delito ou a suposta gravidade do crime, sem a demonstração concreta da severidade da conduta atribuído à paciente, não são fundamentos idôneos para a manutenção da custódia cautelar. Precedentes.

- Quanto aos pedidos de modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, verifica-se que eles não foram apreciados na origem e, portanto, o seu conhecimento por esta Corte levaria à indevida supressão de instância.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para conceder à paciente o direito de recorrer em liberdade, salvo se estiver presa por outro motivo ou sobrevier nova decisão amparada em fundamento suficiente. (HC n. 246.382/AC, Relatora Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 12/03/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registre-se, ademais, o recorrente encontra-se segregado há mais de 8 meses (desde 27/8/2015), período desproporcional e desarrazoado quando comparado à quantidade de pena imposta (1 ano e 8 meses de reclusão), sanção que não será exasperada, diante da ausência de recurso da acusação, o que evidencia ainda mais o constrangimento ilegal ora identificado.

Nesse sentido:

[...] 3. Hipótese em que vedou-se a condenado pelo crime de tráfico de drogas o direito de recorrer em liberdade por persistirem os motivos ensejadores da segregação cautelar - cuja cópia do decreto não foi colacionada aos autos - e pela superveniência de condenação pela prática de crime equiparado a hediondo.

4. Tendo em vista a quantidade de pena aplicada (1 ano, 11 meses e 10 dias), bem como o fato de o paciente se achar custodiado preventivamente desde 17/03/2014, deve-lhe ser conferido o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, pois já cumpriu provisoriamente quase a integralidade da pena que lhe foi imposta. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, com a expedição de alvará de soltura em seu favor, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC 323.519/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, DJe 29/9/2015).

[...] . . No caso, a decisão que decretou a segregação se limitou a fazer referência abstrata à garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, sem, no entanto, apontar nenhuma particularidade concreta a justificar a imposição da medida extrema.

3. Além disso, ao final da instrução, sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a acusação. Considerando a pena aplicada – quatro anos de reclusão; o tempo de prisão – quase três anos; e a inexistência de recurso por parte do Ministério Público, mostra-se desarrazoada a manutenção da segregação cautelar.

4. Ordem concedida, com o intuito de assegurar possa o paciente aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC n. 89.077/SP, Relator Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 24/8/2009, DJe 28/9/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, entendo haver constrangimento ilegal na manutenção da prisão cautelar do recorrente.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso para assegurar ao recorrente a liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0076514-4

RHC 69.163 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00181381120150260577 00340000 181381120150260577 20160000052066
22640838520158260000 340000 888/2015 8882015 RI0034BDR0000

EM MESA

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VINICIOS PEREIRA ROSA (PRESO)
ADVOGADO : ALAN LUTFI RODRIGUES
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.