



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.140 - PE (2013/0398773-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : MARIA APARECIDA DA SILVA (PRESA)
RECORRENTE : RODRIGO PEDRO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : IVAN RICARDO BEZERRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO - FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE - ADITAMENTO DO TRIBUNAL AO DECRETO CONSTRITIVO - VEDAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - RECURSO PROVIDO.

1 - A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de encarceramento do réu antes de transitado em julgado o édito condenatório deve ser efetivada apenas se **presentes e demonstrados os requisitos trazidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal**.

2 - **É cogente a fundamentação concreta da decisão que suprime a liberdade humana**, sob as balizas contidas no referido dispositivo, 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.

3 - Os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* originário pelo Tribunal *a quo*, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção dos recorrentes.

4 - Não basta ao julgador apontar, de modo abstrato e vago, a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação idônea e suficiente para justificar a necessidade de impor aos recorrentes a cautela extrema.

5 - No caso dos autos, é insuficiente a fundamentação contida no decreto prisional para lastrear a ordem de prisão dos ora recorrentes, porquanto deixaram de contextualizar, em dados concretos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

individuais e identificáveis nos autos, a necessidade de segregação cautelar

6 - Recurso em *habeas corpus* provido, **para revogar a prisão preventiva dos recorrentes e determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos**, sem prejuízo de sobrevir novo ato judicial satisfatoriamente apoiado em dados concretos que indiquem a necessidade de providência(s) de natureza cautelar.

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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).

Brasília, 11 de fevereiro de 2014(data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.140 - PE (2013/0398773-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : MARIA APARECIDA DA SILVA (PRESA)

RECORRENTE : RODRIGO PEDRO DA SILVA (PRESO)

ADVOGADO : IVAN RICARDO BEZERRA E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RELATÓRIO

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

MARIA APARECIDA DA SILVA e RODRIGO PEDRO DA SILVA, recorrentes deste recurso em *habeas corpus*, estariam sofrendo coação ilegal em seus direitos de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, que denegou o HC n. 0009251-43.2013.8.17.0000.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram presos em flagrante, pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, tendo o juiz singular posteriormente convertido a custódia em preventiva.

Os recorrentes alegam serem vítimas de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a decisão que decretou a custódia cautelar carece de fundamentação idônea, visto que está motivada tão somente na gravidade abstrata do delito.

Destacam que são primários.

Requerem o provimento do recurso para que possam responder ao processo em liberdade, até o trânsito em julgado.

Contra-arrazoados, os autos ascenderam a este Superior Tribunal.

A liminar foi por mim **deferida** "para conceder a postulada liberdade aos recorrentes, de modo que possam assim permanecer até o julgamento definitivo deste recurso ordinário em *habeas corpus*" (fl. 285).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não provimento do recurso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 43.140 - PE (2013/0398773-7)

EMENTA

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO - FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE - ADITAMENTO DO TRIBUNAL AO DECRETO CONSTRITIVO - VEDAÇÃO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO - RECURSO PROVIDO.

1 - A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de encarceramento do réu antes de transitado em julgado o édito condenatório deve ser efetivada apenas se **presentes e demonstrados os requisitos trazidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal**.

2 - **É cogente a fundamentação concreta da decisão que suprime a liberdade humana**, sob as balizas contidas no referido dispositivo, 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.

3 - Os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* originário pelo Tribunal *a quo*, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção dos recorrentes.

4 - Não basta ao julgador apontar, de modo abstrato e vago, a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem indicar motivação idônea e suficiente para justificar a necessidade de impor aos recorrentes a cautela extrema.

5 - No caso dos autos, é insuficiente a fundamentação contida no decreto prisional para lastrear a ordem de prisão dos ora recorrentes, porquanto deixaram de contextualizar, em dados concretos, individuais e identificáveis nos autos, a necessidade de segregação cautelar

6 - Recurso em *habeas corpus* provido, **para revogar a prisão preventiva dos recorrentes e determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos**, sem prejuízo de sobrevir novo ato judicial satisfatoriamente apoiado em dados concretos que indiquem a necessidade de providência(s) de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza cautelar.

VOTO

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

I.

Busca este recurso a revogação da prisão preventiva dos ora recorrentes.

Inicialmente, destaco que, em consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça de Pernambuco, verifico que ainda **não** sobreveio a prolação da sentença nos autos da ação penal objeto deste recurso, razão pela qual a custódia cautelar dos recorrentes ainda é decorrente do decreto de prisão preventiva, título judicial que justamente é atacado por meio deste reclamo (Processo n. 0015696-72.2013.8.17.0810). A consulta processual aponta, ainda, que a audiência de instrução e julgamento foi designada para o dia 8.7.2014.

Feita essa observação inicial, passo agora, pois, à apreciação do mérito do recurso.

Da análise dos autos, verifico que **as prisões em flagrante dos recorrentes foram convertidas em preventiva em 3 de julho de 2013**, sob a seguinte fundamentação:

*No caso em exame, pelas circunstâncias da prisão, há indícios de serem, os agentes, os autores da prática delitiva, o que satisfaz o primeiro pressuposto legal. No que se refere ao segundo requisito, prova da materialidade do crime, este se encontra satisfeito, conforme se observa pelos depoimentos recolhidos e pelo laudo preliminar de fl. 17, que registra a apreensão de crack e maconha. Entendo que **a constrição cautelar faz-se necessária para garantia da ordem pública, vez que o crime em tela trás inúmeros transtornos à sociedade e à saúde pública, possuindo grande reprovação social.** No caso dos autos, constato que os autuados se envolveram na prática de delito que é dos mais graves, inclusive equiparado a hediondo. Acrescente-se que o delito em comento possui pena máxima in abstracto privativa de liberdade muito superior a 04 (quatro) anos, nos termos do artigo 313, I, do CPP.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, neste momento, estando o feito em fase inicial, sequer remetido a juízo o inquérito policial, é imprescindível garantir os interesses da coletividade diante dos efeitos nocivos da atividade do tráfico de drogas. (Fls. 78/79, destaquei).

Inconformada com a custódia cautelar, a defesa ingressou com remédio constitucional no Tribunal de Justiça de Pernambuco, tendo a ordem sido denegada, pelos argumentos a seguir aduzidos:

Infere-se que, no dia 19 de junho de 2013, por volta das 09:00h, policiais militares, depois de informações prestadas por populares, chegaram até a casa nº 68 -D, situada na Rua Nossa Senhora de Fátima, no bairro de Piedade, Jaboatão dos Guararapes/PE, onde encontraram 29 (vinte e nove) pedras da substância entorpecente conhecida como Crack, 4 (quatro) papелotes contendo a substância entorpecente conhecida como maconha, sacolés (comumente utilizados nas embalagens de drogas), 2 (dois) cachimbos (utilizados para o consumo de crack), 1 (um) colírio, 1 (uma) caixa de bicarbonato de sódio, além de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em notas de R\$ 10,00 e R\$ 2,00.

Conforme notícia o Parquet, extrai-se da peça informativa que as denunciadas (ora pacientes) LIZANDRA e MARIA APARECIDA adquiriram 39 pedras de crack de um traficante conhecido por "Adriano", em um "boca de fumo" na favela da Vaquejada, no bairro de Piedade, cada uma a R\$ 10,00, com a condição de fazer o pagamento quando vendessem a droga, oportunidade em que ele devolveria o celular deixado como garantia.

Pois é.

A alegação de que os pacientes vêm sofrendo constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, porque a decisão judicial que determinou sua prisão preventiva, na ótica dos impetrantes, não demonstrou, de forma concreta e objetiva, elementos que autorizariam a custódia cautelar ora combatida, não merece guarida.

Pelo decreto construtivo colacionado abaixo, percebemos que a autoridade judicial, ao receber a comunicação do flagrante, cuidou em analisar a pertinência da prisão preventiva, atendendo, assim, aos comandos dispostos no Código de Processo Penal brasileiro.

(...)

Como se nota, o juízo de piso decretou a prisão preventiva dos pacientes como forma de garantir a ordem pública. Como bem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponderou o Magistrado singular, delitos deste jaez trazem sérios transtornos à sociedade e à saúde pública, possuindo grande reprovação social.

Tal posição foi reafirmada pela autoridade judicial quando do indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva dos pacientes, formulado pelos impetrantes:

(...)

Bem se observa que o juízo de piso, uma vez mais, sopesou a necessidade de manter as prisões preventivas dos pacientes com a concessão das liberdades provisórias deles. Aquilatou os requisitos pessoais aparentemente favoráveis, mas entendeu, a nosso ver acertadamente, que o resguardo da sociedade é medida que se impõe, funcionando a prisão provisória, nesse momento, como fator que contribui para garantia da ordem pública.

(...)

Assim, ao contrário do que alegaram os impetrantes, não foi utilizada somente a gravidade abstrata do delito para sustentar a segregação provisória dos pacientes. Como se percebe, a custódia cautelar deles encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública e, nesse contexto, vale ressaltar que, como é de conhecimento geral, o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos delituosos, mas também, segundo entendimentos, de acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. (fls. 230/232 - destaquei).

A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que *"a 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."* (HC 268.711/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6T, DJe 29.5.2013).

Isso significa dizer que, **para levar (ou manter) o investigado ou réu 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*).

No que diz respeito à decretação da prisão preventiva para *garantia da ordem pública* (ou econômica), vale registrar que, em seara jurisprudencial, não é rara a alusão a fatores que podem infirmar a validade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautela. Assim, grassam decisões judiciais nas quais a prisão preventiva é decretada ou mantida unicamente: a) em face da abstrata gravidade ou magnitude da infração; b) para assegurar a credibilidade de justiça e das instituições; c) como uma satisfação do sentimento de justiça da sociedade; d) em razão do clamor público gerado pelo crime; e) para dar segurança ao investigado ou réu; f) para servir de exemplo a outros possíveis criminosos; e g) como resposta eficaz e pronta à conduta do réu.

Essas justificativas, **se isoladas e descontextualizadas**, acabam por servir a outros propósitos que não os decorrentes das exigências cautelares que legitimam a constrição da liberdade antes de uma condenação definitiva.

II.

Sob essas premissas, verifico que **não se mostra suficiente a fundamentação lançada no decreto preventivo para embasar a manutenção da prisão dos recorrentes, porquanto deixou de contextualizar, com base em dados concretos, individuais e identificáveis nos autos do processo, a necessidade da segregação cautelar.**

Com efeito, o juiz singular apontou, genericamente, a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, **sem indicar motivação suficiente para justificar a necessidade de colocar os recorrentes cautelarmente privados de sua liberdade.**

Em verdade, a decisão é permeada de **argumentos genéricos, daqueles que servem para qualquer caso e, portanto, para nenhum.** A propósito, sempre vale trazer à baila a acurada observação do então Ministro Sepúlveda Pertence, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 78.013-3/RJ, quando advertiu seus pares da Suprema Corte de que “... *a melhor prova da ausência de motivação válida de uma decisão judicial - que deve ser a demonstração da adequação do dispositivo a um caso concreto e singular - é que ela sirva a qualquer julgado, o que vale por dizer que não serve a nenhum*”.

Outrossim, os argumentos trazidos pelo Tribunal de origem, tendentes a justificar a prisão provisória, como a quantidade de droga apreendida, **não se prestam a suprir a ausente motivação do juízo singular**, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constitutivo ao direito de locomoção dos recorrentes.

Nessa diretriz, invoco julgado do Supremo Tribunal Federal:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*EMENTA: AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na suposta relação do réu com o detentor do 'domínio do fato' sobre crime de formação de quadrilha. Razão que não autoriza a prisão cautelar. Determinação de suprimento pelo tribunal de justiça. Inadmissibilidade. HC não conhecido. Ordem concedida de ofício. Precedentes. **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 94.344/SP, Rel. Ministro Cezar Peluso, 2T, DJe 21.5.2009, destaquei)*

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

*No julgamento do habeas corpus que impugna a fundamentação de decisões de primeiro grau constrictivas 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.***

A motivação é requisito essencial da decretação da prisão preventiva: por isso, quando impugna a existência ou idoneidade dela, é apenas a questão processual de sua validade que a impetração submete aos tribunais, aos quais não se devolve a questão de mérito de ser ou não justa, no caso, por outros motivos, a cautelar questionada (HC 81.148, RTJ 179/1135-1136).

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

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. FALTA DE CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. CLAMOR PÚBLICO, INSEGURANÇA SOCIAL E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O TRIBUNAL A QUO COMPLEMENTAR A FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
(...)*

3. A jurisprudência diz que a prisão que antecede a condenação transitada em julgado só pode ser imposta ou mantida quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

6. Habeas corpus não conhecido por vir como substitutivo de recurso ordinário. Ordem expedida de ofício, para determinar seja recolhido o mandado de prisão emitido contra o paciente, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta, e com a ressalva de que é possível a aplicação de outra medida cautelar pessoal, se demonstrada a necessidade. (HC 266.736/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis, DJe 13.5.2013). Destaque nosso.

Esses julgados, a par de ressaltarem a teleologia da ação de *habeas corpus*, 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, LVI).

III.

De longa data – vale o registro – se impõe no direito brasileiro esse condicionamento ao ato de julgar, como o demonstra a seguinte previsão constante das Ordenações Filipinas:

“E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declarem, especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revisa, as causas em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.” LIVRO III, Titulo LXVI, § 7. Ordenações Filipinas

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 uma 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 pelos quais se decreta a prisão**, não sendo satisfatório, evidentemente, limitar-se a autoridade judiciária a dizer que a prisão temporária é “imprescindível para as investigações do inquérito policial” (inciso I do artigo 1º da Lei 7.960/89), ou que a liberdade do acusado “põe em risco a ordem pública” (artigo 312 do CPP). Cumpre, sim, indicar os **motivos concretos** pelos quais se torna absolutamente necessária a prisão *ante tempus*.

Neste sentido se alinha o pensamento sempre lúcido de HÉLIO TORNAGHI (*Curso de processo penal*. v. 2, 5a 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 doutrina estrangeira nos fornece a mesma lição. MICHELE TARUFFO assim pontua (Il significato costituzionale dell'obbligo di



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

motivazione, in *Participação e processo*, Coord. Ada P.Grinover *et al.* São Paulo: RT, 1988, p. 45):

A legalidade da decisão não se reduz, todavia, à legitimidade da solução que se dá à quaestio iuris. Decisão legal significa também decisão fundada sobre um acerto racional e verdadeiro dos fatos, até porque é suficiente uma determinação errada ou arbitrária dos fatos para tornar injusta a decisão, visto que produz a errônea aplicação da norma. Então, também o correto acerto dos fatos é condição necessária para a legalidade da decisão. Disso deriva que a justificação do juízo de fato é, na motivação, não menos importante do que a justificação do juízo de direito. Destaquei.

Mais especificamente sobre o tema em 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. Destaquei.

NICOLAS SERRANO (*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990, P. 278, a seu turno, enfatiza:

Toda norma restritiva de direitos fundamentais deve conceder aos juízes a discricionariedade suficiente para evitar que sua aplicação resulte desproporcionada no caso concreto, por não haver sido possível valorar as circunstâncias concorrentes (...); “as disposições limitativas de direitos constitucionalmente garantidos são somente admissíveis como 'disposições de poder', nunca 'de dever' (...).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conclui o tratadista espanhol, salientando a **in**constitucionalidade de qualquer norma que determine, obrigatoriamente, restrições à liberdade, porque priva o magistrado

da possibilidade de controlar a proporcionalidade das medidas no caso concreto e, ademais, porque a aptidão da norma para alcançar um fim determinado depende das possibilidades que se concedam ao juiz para graduar a gravidade da ingerência, assim como para adotar medidas mais benignas, questões que não podem ser nunca decididas 'ex ante' e tampouco 'ex post' frequentemente.

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 crimes qualificados como os 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, mesmo com a clara opção constitucional por um recrudescimento do trato jurídico-penal dos crimes hediondos e dos a eles assemelhados (conforme disposto no artigo 5º, inc. 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 Zavascki, Segunda Turma, DJe 26.3.2013; HC n. 114.029/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 22.2.2013; HC n. 114.714/DF, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1.8.2013), do direito à progressividade da execução das penas (HC n. 111.830/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 18.2.2013; HC n. 114.409/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 16.8.2013; HC n. 104.011/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, 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, Primeira Turma, DJe 5.6.2013; HC n. 114.413/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe 21.5.2013; HC n. 111.008/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 1.4.2013).

Em suma, a compreensão atual, no que diz respeito à garantia de motivação dos atos decisórios judiciais referentes ao *ius libertatis*, é a de que, faltando com o dever de motivação suficiente e clara, a magistratura não apenas fere de morte o direito à liberdade do indivíduo, mas também se expõe àqueles que postulam a redução dos poderes jurisdicionais dos juízes, para outorgá-los ao legislador, na linha do aforismo atribuído a Bacon: “a melhor lei é a que deixa ao juiz o menor arbítrio” (*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*).

IV.

Retomando a análise do caso concreto, percebo que o magistrado de piso fundamentou o decreto prisional em ilações vagas, mediante decisão abstrata, **perfeitamente cabível para qualquer processo que verse acerca do delito de tráfico ilícito de entorpecentes**. Nem mesmo a quantidade de drogas apreendidas constou da aludida decisão.

Dada a evidência da coação ilegal apontada, dou provimento ao recurso ordinário para revogar a prisão preventiva dos recorrentes e determinar a expedição de alvará de soltura, se por outro motivo não estiverem presos.

Fica ressalvada a possibilidade de nova decretação da custódia cautelar, se efetivamente **demonstrada sua necessidade**, sem prejuízo de imposição de medida cautelar alternativa, nos termos do art. 319 do CPP.

Saliento não haver óbice à renovação, nos devidos termos, da decisão que decretou, **de modo formalmente viciado**, a prisão preventiva dos recorrentes, haja vista o caráter *rebus sic stantibus* de qualquer provimento de natureza cautelar, a permitir, por conseguinte, que, a todo tempo, se reavalie - ainda que sob o mesmo quadro fático-jurídico, mas **sob nova argumentação** -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o cabimento e a necessidade da providência urgente. Não se há de cogitar, portanto, de uma suposta preclusão *pro iudicato* para a análise do tema, condicionando-a à ocorrência de fato novo.

À vista do exposto, **confirmando a liminar anteriormente deferida, dou provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0398773-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 43.140 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00092514320138170000 00156967220138170810 03135493 3135493 313549300
92514320138170000

EM MESA

JULGADO: 11/02/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA APARECIDA DA SILVA (PRESA)
RECORRENTE : RODRIGO PEDRO DA SILVA (PRESO)
ADVOGADO : IVAN RICARDO BEZERRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO
CORRÉU : LIZANDRA AGRA DOS SANTOS
CORRÉU : REGINALDO SALUSTIANO DA SILVA FILHO

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

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Maria Thereza de Assis Moura e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE).