



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.908 - SP (2012/0183031-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
ADVOGADO : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX TAVAREZ DE SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. CONDENAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.

2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.

4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).

5. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, 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.

6. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois a expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

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, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 23 de outubro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.908 - SP (2012/0183031-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
ADVOGADO : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX TAVAREZ DE SOUZA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ALEX TAVAREZ DE SOUZA, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 0029920-83.2011.8.26.0050).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso no art. 157, § 2º, I, II e V, na forma do art. 70 do Código Penal, e artigo 244-B, *caput*, da Lei n.º 8.069/90. Ao final da instrução criminal, o juízo de primeiro grau absolveu o acusado das imputações constantes da exordial acusatória (Processo n.º 050.11.029920-5, Controle n.º 550/11, da 12ª Vara Criminal do Foro Central da Capital/SP).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu parcial provimento para condenar o paciente, pelo roubo duplamente circunstanciado, à pena de 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, mais 16 (dezesesseis) dias-multa, expedindo mandado de prisão. Confirmam-se os termos do *decisum*, no que interessa (fls. 12/25):

"Preliminar inconsistente.

Pretexta o d. Procurador de Justiça oficiante nestes autos, a necessidade da **conversão do julgamento em diligência**, para transcrição dos depoimentos colhidos em mídia digital ou, ainda, a **decretação da nulidade do processo**, por suposta violação ao princípio da ampla defesa, porque colhida a prova oral sob este formato.

Sem razão o argumento, 'data venia'.

A uma porque o texto do art. 405, § 2.º do Código de Processo Penal é auto-explicativo, ao estabelecer a **desnecessidade de transcrição de tais registros**.

A duas porque as mídias encontram-se devidamente encartadas nos autos, estando à **plena disposição** das partes.

Nesse passo, - *e isso verdadeiramente importa* - não se demonstrou, nem se enxerga, esta a verdade, como, onde ou porque de prejuízo eventual à defesa do acusado.

Fazendo incidir a regra constante do art. 563, do Código de Processo Penal ("*pas de nullité sans grief*").

Afinal, o réu teve plena oportunidade de exercer, de forma ampla e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

irrestrita, sua defesa *prova maior disso é que saiu absolvido na origem*, tudo em conformidade com o devido processo legal e de acordo com a legislação vigente.

Não há que se alegar, portanto, qualquer espécie de prejuízo à defesa do acusado.

Fica repelida a preliminar, pois.

Ao fundo.

Denunciado o acusado pela prática de **(i)** roubo qualificado por emprego de arma, comparsaria e restrição de liberdade das vítimas (art. 157, § 2º, I, II e V, c.c. art. 70, caput, do Código Penal); e **(ii)** corrupção de menor (art. 244-B, caput, da Lei nº 8.069/90), saiu **absolvido** de ambas as imputações, por insuficiência da prova acusatória (art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal).

Vem o Ministério Público, por apelo, em boa hora *pelo menos no que diz ao crime de roubo qualificado*, com a devida vênia do entendimento do d. Juízo sentenciante, buscando a responsabilização do acusado.

Aos fatos.

Acusado, mais adolescente *Ronaldo* e outro comparsa não identificado, ingressam em uma 'pizzaria' e, exibindo armas de fogo, anunciam **assalto**.

Os agentes, então, subtraem os aparelhos celulares de **João Carlos** proprietário do estabelecimento, de seu filho **Bruno** e do funcionário **Luciano**, que também é obrigado a entregar um relógio de pulso e um par de óculos escuros.

Na seqüência, as vítimas *também se encontrava no local Iole*, esposa de *João Carlos* são conduzidas e mantidas vigiadas em um banheiro existente no imóvel, enquanto o acusado e seus comparsas subtraem um aparelho televisor e a quantia de R\$ 146,00, em dinheiro, do caixa do restaurante.

Após, os agentes evadem-se do local.

Policiais Militares são informados acerca do ocorrido e, depois de chegarem ao estabelecimento e libertarem as vítimas, abordam o acusado evadindo-se na condução do automóvel pertencente ao adolescente *Ronaldo*, que ocupava o banco do passageiro.

Em revista, os milicianos logram êxito em localizar o aparelho televisor roubado no interior do veículo, bem como os telefones celulares das vítimas nos bolsos das vestes do acusado.

Uma das armas de fogo utilizadas na empreitada delitiva *revólver, calibre 38, municiado com 6 cartuchos íntegros, numeração suprimida* é apreendida em poder do adolescente *Ronaldo*.

O acusado é detido em flagrante.

A condenação é de rigor.

Elementos mais que suficientes a garantir autoria e materialidade delitivas.

Esta caracterizada pelo **(i)** boletim de ocorrência (f. 12/18); **(ii)** auto de exibição e apreensão (f. 21/24); e **(iii)** exame pericial da arma de fogo (f. 59/61).

A autoria, por seu turno, é incontestável.

A começar pelo já descrito **estado flagrancial**.

De efeito.

O acusado foi detido em plena **flagrância delitiva**, coisa que é inegável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e inquestionável, nos autos.

Esse fato, só por si, caracteriza por sem dúvidas e de pronto a autoria, uma vez que não há lógica capaz de fugir a essa interpretação.

Quem é apanhado em pleno 'iter criminis', ou imediata e conseqüentemente a ele, como aqui, não tem como justificar a situação.

Além disto, a **posse da res furtiva**.

Ao ser abordado pela Polícia Militar conduzindo o automóvel do adolescente *Ronaldo*, o acusado foi surpreendido com os **aparelhos de telefone celular** pertencentes às vítimas em um de seus bolsos, bem como transportando os **demais bens roubados** no interior do veículo.

E sabe-se que a apreensão de coisa subtraída, só por si, em poder do agente, é prova firme e convincente de autoria, porque inverte o ônus da prova, cumprindo ao acionado oferecer razões pelas quais aquilo que não lhe pertence foi consigo encontrado.

O que aqui não se fez.

E mais há.

Assim as narrativas dos diligentes e competentes **Policiais Militares (i) Leandro e (ii) Sérgio** (f. 4, 6 e *mídia acostada à f. 82*).

Estoriam exatamente a ação, em correspondência de detalhes, unicidade de entendimento e ação.

Informados acerca do roubo, os milicianos dirigiram-se ao restaurante e, após libertarem as vítimas, deslocaram-se aos fundos do imóvel, logrando êxito em surpreender o acusado e o adolescente *Ronaldo* evadindo-se do local em um automóvel.

Em revista, os milicianos localizaram o aparelho televisor no interior do veículo, assim como os telefones celulares das vítimas em um dos bolsos do acusado.

O adolescente *Ronaldo*, por sua vez, portava sob sua blusa um dos revólveres utilizados no cometimento do roubo.

O **Policia Militar Leandro** acrescentou que, indagado a respeito dos fatos, o réu **admitiu informalmente** a prática delitiva.

Enfim e fugir de realidade tamanha é querer não enxergar o que os autos mostram com cristalinidade pura.

E nada se alegue contra as palavras daqueles agentes da lei.

Porquanto não há suspeita sobre elas, mormente quando, exatamente como aqui, estão coerentes e consonantes ao demais do contexto probatório.

A jurisprudência pátria, a esta altura, tem constantemente acolhido a palavra policial como prova segura, firme e convincente, notadamente quando, como aqui, esteja coerente ao mais probatório colacionado e não discrepe do mais produzido, em sua essência.

As vítimas **João Carlos** proprietário do restaurante, **Bruno** e **Iole**, por sua vez, narram os fatos com riqueza e harmonia de detalhes (f. 7 e *mídia de f. 107*).

Declararam que exerciam suas funções normalmente no estabelecimento comercial, quando foram surpreendidos com a chegada dos **três agentes** dois deles empunhando armas de fogo e o anúncio do assalto.

As vítimas confirmaram que, depois de serem revistadas, foram mantidas em um banheiro existente no imóvel e, ainda, **reconheceram** os bens recuperados em poder do acusado e do adolescente *Ronaldo*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, em que pese não terem reconhecido o acusado em audiência, é certo que, ainda sob o calor dos fatos **João Carlos e Luciano** *funcionário do estabelecimento* assim o fizeram **pessoal e categoricamente** (f. 19 e 20).

Pois bem.

Evidentemente autênticos os relatos.

De sorte que, exatamente como aqui, estando as palavras das vítimas absolutamente seguras, fortes, coerentes e harmônicas com o resultado condenatório, solução é emprestar-lhes a credibilidade que merecem, o que resulta na conclusividade única de aceitação das palavras daquelas.

Donde o quadro probatório indicar o réu como sendo um dos autores do roubo.

No vazio, portanto, a versão exculpatória oferecida pelo acusado - *e corroborada pelo adolescente Ronaldo* -, negando qualquer envolvimento no delito, apesar de admitir estar no veículo do adolescente estacionado diante do estabelecimento durante a ação e de tê-lo auxiliado no transporte do aparelho de televisão roubado (*mídia de f. 107*), verdadeiramente fantasiosa e perdida em si mesma, quando confrontada, não só face sua posição inverossímil, como e principalmente porque improvada.

Há, enfim, *data venia* do entendimento do d. Juízo sentenciante, provas tranqüilas, tanto da materialidade, quanto da autoria do roubo.

E as **qualificadoras** do **emprego da arma** e da **comparsaria** estão presentes.

Afinal, além das categóricas afirmações das vítimas, o próprio adolescente **Ronaldo** **admitiu** ter utilizado um revólver na consecução do delito, instrumento que restou devidamente apreendido e periciado (f. 59/61).

A comparsaria, de outro turno, ficou evidenciada por todo o contexto que se extrai da prova oral colhida no decorrer da instrução *palavras das vítimas e dos Policiais Militares*, levando à conclusão de que **Alex**, juntamente com o adolescente **Ronaldo** e outro indivíduo não identificado, agiram **previamente ajustados** e com **unidade de desígnios**.

Afinal, os agentes **ingressaram praticamente juntos no estabelecimento e anunciaram o assalto**, afastando qualquer possibilidade de reação das vítimas, pois, rendidas, não tiveram como se defender do **ataque efetuado pelo trio**, restandolhes apenas acatar suas exigências.

De sorte que nada mais é necessário a caracterizar a ocorrência destas **qualificadoras**.

O mesmo já não se pode dizer quanto à qualificadora da **restrição de liberdade das vítimas**.

Dês que o propósito da Lei nº 9.426/96, que acrescentou mais um inciso ao parágrafo 2º, do art. 157, do Código Penal, foi o de majorar a sanção àquele que detém, **por tempo superior ao necessário à subtração**, a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade.

Coisa aqui incorrida, "*data venia*".

Verdadeiramente pela pronta e imediata ação policial.

Afastada a majorante prevista no inciso V, do art. 157 parágrafo 2º, do Código Penal, portanto, eis que os agentes mantiveram as vítimas por brevíssimo tempo no interior do banheiro existente no estabelecimento *João Carlos* **chegou a informar que a empreitada delitiva durou no máximo 5 minutos**, face à imediata e eficiente intervenção policial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Condenação por roubo qualificado por comparsaria e uso de arma de fogo, então, imperiosa.

Já com relação ao delito de **corrupção de menor, absolvição de prudência**.

Na exata forma já procedida pela origem.

Não obstante o respeito que se presta à tese ministerial da origem, não há elementos suficientes para garantir a materialidade e a autoria delitiva.

Se há, são frágeis e não sustentam condenação alguma.

A prova é no mínimo duvidosa e a dúvida leva a uma insegurança condenatória.

É que imprescindível, para a caracterização do delito, que ficasse provada eventual influência do acusado sobre a vontade do adolescente **Ronaldo à época contando com 17 anos de idade**, corrompendo sua inocência para o ato *prática do roubo* e a partir dele.

O que não restou verificado.

Afinal, o adolescente admitiu ter adquirido o **veículo** e o **revólver** utilizados na ação delitiva em uma **'feira do rolo'**.

E tal comportamento muito fala sobre a **conduta social** e a **personalidade** do adolescente.

Isto porque não se coaduna com a de pessoas *'não corrompidas'*.

Pelo contrário, demonstrou ser o adolescente indivíduo bem articulado, revelando que tinha conhecimento acerca dos elementos relacionados ao delito, não sendo levado a ele pelos fatos aqui tratados.

Daí que, ponderadas tais considerações, de prudência afastar a condenação do acusado quanto a este delito.

Enfim.

Non liquet de rigor, com relação à imputada prática da **corrupção de menor** (art. 244-B, caput', da Lei nº 8.069/90).

'Quantum satis', enfim.

Apenamento.

Base fixada no **mínimo legal**, em razão da primariedade do réu e das demais circunstâncias judiciais (art. 59, do Código Penal).

Após, **aumento** na fração equivalente a **3/8**, em razão das qualificadoras da comparsaria e do emprego de arma.

E o acréscimo, aqui, apresenta-se justificado.

Forte no princípio de que se a lei escalona e gradua a majoração, é porque considera a existência de diferentes cometimentos e qualificadoras, como aqui.

O que mais se acentua ao verificar o propósito de lei inovadora (Lei nº 9.426/96), que acrescentou mais um inciso ao § 2º, do art. 157, do Código Penal.

De sorte a dar entender que à maior incidência de agravantes, maior será o acréscimo, que deve encontrar proporcionalidade com o resultado.

E o entendimento não contraria a Súmula n. 443 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: *'o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes'*.

Ao reverso, vai ao seu encontro, vez que nitidamente mais grave e, portanto *como deve ser* de maior reprovabilidade a conduta do acusado, **especialmente quando há emprego de arma**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Afinal, não se trata de mero cálculo fracional e injustificado.

Na verdade, aquele que assalta ser humano indefeso **com arma** e, ainda por cima, **com comparsas**, tem muito maior grau de culpa e reprovabilidade daquele que pratica crime em situações distintas desta.

O fato, só por si, é bem mais grave.

Usar majoração mínima ou benevolente, no caso concreto, portanto, seria tratar desigualmente uma situação verdadeiramente diferenciada, já que a própria ação, em si, cria gigantesco pânico, decorrente da ação delituosa, propriamente dita.

Garante-se ao caso concreto, dessarte, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais.

Por fim, **aumento** na **fração de 1/4** pelo **concurso formal**, tendo em vista que o réu, em uma única ação, subtraiu bens pertencentes a **quatro vítimas** 'Pizzaria Labru', João Carlos, Bruno e Luciano, tornando as penas definitivas em **6 anos, 10 meses e 15 dias** de reclusão, mais pagamento de **16 dias-multa, mínimo valor unitário**.

Quanto ao **regime**, finalmente, outro não poderia ser que não o **fechado**, para **ambos** acusados.

Até em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal.

E já se sabe, presentemente, malgrado a edição da Súmula nº 719, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, que pode perfeitamente e ainda o regime fechado ser o adotado, quando seja ele devidamente justificado, exatamente como na espécie.

Quem, agindo em comparsaria e empunhando armas de fogo, se propõe a invadir estabelecimento comercial familiar em pleno horário de funcionamento, anunciando assalto e, após subtrair bens dos presentes, os mantém rendidos em um banheiro, colabora, por sem dúvidas, para espalhar o repugnante clima de terror e pânico em que se vive nas pequenas e grandes cidades, não tendo o mínimo apego à dignidade e respeito pelo ser humano.

Merece tratamento severo, eficaz, responsável e compatível a seu ato indigno e de violência, compatível, mais, como resposta, ao que a sociedade assustada reclama e conclama a quatro ventos pelo país afora, especialmente do Poder Judiciário, jamais, dessarte, tratamento benevolente, sob pena de se incrementar, mais ainda, esta nefasta onda de violência que assola nossa terra e assusta todos nós, sabido que o semi-aberto resulta praticamente em liberdade, significando convite a novos crimes àqueles que desrespeitam a vida humana, como aqui. Daí porque o **regime fechado** inicial é mais do que aqui indicado.

POSTO, afastada a matéria prejudicial trazida pela d. Procuradoria de Justiça, **dá-se parcial provimento** ao apelo ministerial para, **i) mantida a absolvição** quanto ao delito de **corrupção de menor** (art. 244-B, "caput", da Lei nº 8.069/90); **ii) condenar Alex Tavares de Souza**, R.G. nº 44.997.934, às penas de **6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão** (regime inicial fechado), mais pagamento de **16 dias-multa**, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no **art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 70, 'caput' (4 vezes), ambos do Código Penal**.

Expeça-se mandado de prisão."

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta a ausência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentação idônea para a prisão do paciente.

Aduz que a segregação cautelar é medida excepcional, que somente pode ser decretada quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, exigindo, portanto, argumentação concreta.

Invoca o princípio da presunção de inocência.

Alega ser desnecessária a constrição cautelar do acusado, que tem o direito de permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação.

Argumenta que o paciente respondeu liberto todo o curso do processo e que o Tribunal de origem determinou a expedição de mandado de prisão em seu desfavor sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

Destaca que o réu é primário e possui trabalho lícito.

Requer, liminarmente e no mérito, seja expedido contramandado de prisão em favor do paciente.

O pedido liminar foi deferido, às fls. 63/76, para garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento definitivo deste *writ* pela Sexta Turma ou o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estivesse preso. Foram, ainda, solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, as quais foram juntadas às fls. 99/130, e ao Juízo de origem, acostadas às fls. 85/97.

Com vista dos autos, o Ministério Público Federal opinou, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral Zélia Oliveira Gomes (fls. 133/137), pela concessão da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 252.908 - SP (2012/0183031-5)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO. CONDENAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal.
2. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.
3. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.
4. "O *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heroico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição." (STF, HC n.º 104.045/RJ, julgado em 21.8.2012, de relatoria da Ministra Rosa Weber).
5. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, 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.
6. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois a expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (relatora):

De pronto, cumpre salientar que estes autos foram distribuídos à minha relatoria por prevenção ao HC n.º 216.083/SP, também impetrado em favor do paciente, cujo seguimento foi negado, com espeque na Súmula n.º 691 do Pretório Excelso. Passa-se, então,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à análise da matéria posta na presente impetração.

A questão trazida a deslinde abarca o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do paciente.

Em um primeiro momento, destaque-se a imperiosa necessidade de racionalização do *habeas corpus*, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa à matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

"CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do *writ* no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do *writ* mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo *habeas corpus* somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no *writ*.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator."

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O *habeas corpus* não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados."

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do *habeas corpus*, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, *in casu*, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida."

(HC 160.538/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

"*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o *habeas corpus* seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. *Writ* não conhecido."

(HC 201.171/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE *WRIT* PERANTE A CORTE A *QUO*. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o *habeas corpus* não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do *habeas corpus* quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, 'a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do *habeas corpus*, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu.' (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do *habeas corpus* originário, como entender de direito."

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE *WRIT*. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do *habeas corpus* em substituição aos recursos cabíveis -- ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo -- crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vulgarização do *habeas corpus*.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do *mandamus* não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. *Habeas corpus* não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais."

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

"HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de *habeas corpus* pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do *habeas corpus*."

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Na espécie, observa-se que, após o julgamento da apelação, a defesa formulou diretamente este *mandamus*. Não interpôs o recurso especial cabível.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada. A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

Sensível a essa problemática, a Suprema Corte tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7.8.2012, nos autos do HC n.º 109.956/PR, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou, *verbis*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea 'a', tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumprir implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno que, no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça."

O mesmo órgão julgador, em 21.8.2012, nos autos do HC n.º 104.045/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto o seguinte excerto do voto da Relatora:

"Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, o *habeas corpus* é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição."

No mesmo sentido, citem-se as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC n.º 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC n.º 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção do paciente, o que se verifica na hipótese.

Ao analisar o recurso de apelação ministerial, determinou o Colegiado estadual a expedição de mandado prisional sem qualquer fundamentação. Confira-se o dito (fl. 25):

"(...)

POSTO, afastada a matéria prejudicial trazida pela d. Procuradoria de Justiça, **dá-se parcial provimento** ao apelo ministerial para,

i) mantida a absolvição quanto ao delito de **corrupção de menor** (art. 244-B, caput, da Lei nº 8.069/90);

ii) condenar Alex Tavares de Souza, R.G. nº 44.997.934, às penas de **6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão** (regime inicial fechado), mais pagamento de **16 dias-multa**, mínimo valor unitário, pela prática da infração penal capitulada no **art. 157, § 2º, I e II, c.c. art. 70, caput (4 vezes), ambos do Código Penal**.

Expeça-se mandado de prisão."

Em meu sentir, a chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se por em xeque a presunção de inocência. Somente se lhe admite a fim de garantir mais direitos ao cidadão submetido aos rigores da coerção estatal, efetivando-se o princípio da humanidade da pena, na sua vertente do *nihil nocere*. Para confirmar a vedação, basta a leitura do art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal. Além do comando constitucional, também consta na Lei das Execuções Penais norma a revigorar a idéia-força (art. 105 da LEP):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução."

O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, "consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário". (STF, HC 80.719-4/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 28.09.2001).

Tendo o paciente permanecido solto após a prolação da sentença absolutória (fl. 95), tal circunstância deve ser mantida até o trânsito em julgado, a menos que haja fato novo a justificar a segregação cautelar.

Se o processo ainda não alcançou termo, não havendo qualquer alteração processual a revelar necessidade de encarceramento cautelar, deve-se reconhecer que não se afigura plausível a privação da liberdade. Nesse sentido, colhem-se os precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO. MANDADO DE PRISÃO. EXPEDIÇÃO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

- A prisão processual só pode ser imposta se evidenciada sua rigorosa necessidade.

- Paciente que permaneceu livre durante todo o processo, condenado por sentença que lhe beneficiou com a possibilidade de recorrer em liberdade e de que o Processo de Execução Criminal Provisório só fosse formado após o trânsito em julgado.

- A determinação de sua prisão, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, após o julgamento da apelação, mas antes do trânsito em julgado, eis que pendente julgamento de recurso especial, constitui evidente constrangimento ilegal.

- Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação."

(HC 105.810/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2008, DJe 15/09/2008)

"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 C/C ART. 226, INCISO I, E ART. 214, C/C ART. 226, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.

I - O Plenário do c. Pretório Excelso, no julgamento do HC 84.078/MG, ocorrido em 05/02/2009, concluiu 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 312 do CPP' (Informativo-STF n.º 534).

II - *In casu*, o paciente aguardou em liberdade o julgamento do recurso de apelação e o Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão, sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Nesse contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena sem a demonstração dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP.

Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso."

(HC 125294/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 29/09/2009, DJe 26/10/2009)

"*HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. AUSÊNCIA DE CONDENÇÃO DEFINITIVA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Toda prisão processual deve ser calcada nos pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

2. A expedição de carta de sentença, antes do trânsito em julgado da condenação, decorrente do julgamento da apelação, sem amparo em dados concretos de cautelaridade, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de seu encarceramento processual.

(HC 96.922/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009)

"AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO TÃO-SÓ PELO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. É pacífica a compreensão de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte já vinha proclamando que a circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuírem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia antecipada seja devidamente motivada.

3. Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, afirmando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da segregação cautelar em decisão fundamentada, nos termos do artigo 312



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Penal. (HC nº 84.078/MG, Relator o Ministro Eros Grau, Informativo nº 534).

4. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.

5. Agravo regimental a que se nega provimento."

(AgRg no HC 105084/SP, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 30/03/2009)

No mesmo sentido também se manifesta a doutrina:

"(...) a situação de condenado ter o termo *a quo* - após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória - é consequência lógica dos princípios que, com vigorosa cautela, resguardam o réu durante a apuração do fato-infração penal. Se o status de condenado começasse antes do término do processo, o contraditório e a defesa plena seriam postergados, cedendo espaço a presunções que não encontram guarida na Constituição. O art. 5º, LVII, é simplesmente declaratório. Não perde, porém, a sua importância. Em consequência, a pena e a medida de segurança somente podem ser impostas depois da definição, insista-se, com o trânsito em julgado da sentença, da infração penal ou da inimizabilidade. [...] Enquanto inexistente o status de condenado, registrou-se, não se aplicam penas nem medida de segurança. Logicamente, não há que se falar na suspensão condicional da pena (*rectius* - suspensão condicional da execução da pena) nem nos efeitos da sentença condenatória. A decisão condenatória sujeita a recurso, uma vez interposto e enquanto não confirmada definitivamente, tem efeito suspensivo." (CERNICCHIARO, Luiz Vicente et al. Direito Penal na Constituição. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, págs. 111/112)

Mister ressaltar que, em sessão realizada na data de 5.2.2009, o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou tal questão, ratificando o entendimento exposto. Eis o julgado:

"*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente'. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida." (HC 84.078/MG; Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 05/02/2009; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Dje de 25-02-2010)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se, assim, que o pleito deduzido encontra-se amparado na doutrina e na jurisprudência, merecendo, inclusive, o parecer favorável do Ministério Público Federal.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Contudo, **de ofício, concedo** a ordem a fim de que o paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Ação Penal n.º 050.11.029920-5, Controle n.º 550/11, da 12ª Vara Criminal do Foro Central da Capital/SP .

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0183031-5

HC 252.908 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 299208320118260050

EM MESA

JULGADO: 23/10/2012

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MOACIR MENDES SOUSA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
ADVOGADO : AIRTON JACOB GONÇALVES FILHO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEX TAVAREZ DE SOUZA

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, não conheceu do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.