

***Habeas corpus* - Crimes de tráfico e associação para o tráfico ilícito de drogas - Réu que permaneceu preso durante o transcurso da ação penal - Apelação exclusiva da defesa parcialmente provida pelo Tribunal *a quo* - Ausência de trânsito em julgado - Execução provisória da pena - Princípio da não culpabilidade - Precedentes da Suprema Corte e deste Tribunal - Requisitos da custódia cautelar - Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal**

1. Segundo a orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.” (HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/02/2010.)

2. A manutenção da custódia cautelar do Paciente encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Precedente.

3. Ordem denegada.

**HABEAS CORPUS Nº 124.077 - MG (2008/0278479-0)
- Relatora: MINISTRA LAURITA VAZ**

Impetrantes: Obregon Gonçalves e outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Paciente: Fabiano da Silva.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 27 de abril de 2010 (data do Julgamento). - Ministra Laurita Vaz - Relatora.

Relatório

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de

Fabiano da Silva, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

O ora Paciente foi condenado em primeira instância à pena de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão pela prática dos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico e posse ilegal de arma de fogo.

O Impetrante alega, em suma, que a despeito de o recurso de apelação defensivo ter sido conhecido, independentemente de o acusado se recolher à prisão, nos termos da ordem concedida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC nº 78.490/MG, em decorrência do julgamento do apelo, a Corte mineira expediu novo mandado de prisão em desfavor do Paciente. Afirma inexistirem os requisitos autorizadores da prisão preventiva, além de não se mostrar razoável a decretação da prisão do réu antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Requer, em liminar e no mérito, o direito de recorrer em liberdade.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 143.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 145/149, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

Voto

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (Relatora) - A controvérsia ora apresentada restou apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC nº 84.078/MG, no qual restou decidido que a custódia cautelar, mesmo após a sentença condenatória mantida em segundo grau e sem trânsito em julgado, só pode ser implementada se devidamente fundamentada, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

A referida orientação é adotada como forma de se tornar mais substancial o princípio constitucional da presunção de inocência, passando a exigir-se fundamentação explícita para a prisão processual, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, afastando-se a idéia de “prisão provisória obrigatória”, assim entendida aquela decorrente do regramento disposto no art. 594 do mesmo diploma legal, que, aliás foi revogado pela Lei nº 11.719/2008.

Desse modo, se o réu respondeu ao processo em liberdade e, não tendo sido demonstrada a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tem o direito de assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação.

Confirmam-se, por oportuno, os seguintes precedentes do Pretório Excelso:

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 nº 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 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 delinquente’.

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 subsequentes 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. [...] Ordem concedida. (STF, HC 94408, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 26/03/2009.)

Processo penal. Sentença condenatória confirmada em segunda instância. Expedição de mandado de prisão. Execução provisória da pena. Ordem concedida.

1. A questão tratada no presente *habeas corpus* diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa.

2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que ‘ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP’ (HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF nº 534).

3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora.

4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

5. Ordem concedida. (STF, HC 98166, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 18/06/2009.)

Na linha dos precedentes do Supremo Tribunal Federal é a jurisprudência mais recente desta Corte Superior de Justiça:

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 possuem 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 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 105.084/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJe de 30/03/2009.)

Processual penal. *Habeas corpus*. Art. 17 da Lei nº 7.492/86. Alegação de nulidade no julgamento do recurso de apelação, em razão da juntada de documentos, por parte do *Parquet*, sem que a defesa sobre eles pudesse se manifestar. Inocorrência da apontada nulidade, haja vista que o e. Tribunal *a quo* não utilizou, em momento algum, o material probatório juntado aos autos para fundamentar a condenação imposta ao paciente. Execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação. Constrangimento ilegal verificado de acordo com recente entendimento do c. Supremo Tribunal Federal.

I - A juntada de documentos, em fase recursal, sem vista à parte contrária para manifestação, não acarreta prejuízo à defesa se os referidos documentos não foram utilizados pelo e. Tribunal *a quo* para a formação do convencimento da

culpa, motivo pelo qual não é caso de decretação da nulidade (Precedentes desta Corte e do STF).

II - Além disso, quanto à alegação de que os documentos juntados poderiam, inclusive, ser utilizados em favor da própria defesa do paciente, verifica-se que na estreita via de cognição do *habeas corpus* se mostra inviável concluir, peremptoriamente, que tais documentos, se apreciados pelo e. Tribunal *a quo*, poderiam resultar na manutenção da absolvição do paciente. A matéria demanda, impreterivelmente, o confronto de todo o conjunto probatório constante dos autos, não sendo suficiente, para se concluir em sentido diverso daquele acolhido pelo e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento do recurso de apelação, a simples leitura, quer da decisão proferida em processo administrativo pelo Banco Central do Brasil, quer da r. sentença proferida em ação civil pública, Essa discussão poderá, quando muito, ser levantada e devidamente debatida em eventual revisão criminal, mas, frise-se, não em sede de *habeas corpus* cujo limitado campo de cognição já foi destacado.

III - Ressalvado o entendimento pessoal do relator, tendo em vista recente decisão proferida pelo Plenário do c. Supremo Tribunal Federal, 'Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP' (Informativo nº 534/STF - HC 84.078/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau).

Habeas corpus parcialmente concedido para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação. (HC 103.429/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 23/03/2009.)

Na hipótese dos autos, contudo, a necessidade de manutenção da prisão provisória do Paciente foi assim justificada:

[...] o réu é pessoa de periculosidade acentuada, líder do tráfico de drogas no Aglomerado de Ventosa, e que se mostra capaz de ameaçar testemunhas e vítimas. Aliás, está ele com a prisão preventiva decretada desde a fase de oferecimento da denúncia (fls. 253).

Noto, ainda, que na r. sentença condenatória o MM. Juiz manteve a custódia processual, condicionando eventual recurso de apelação ao recolhimento de Fabiano ao cárcere (fls. 559).

Em *habeas corpus* impetrados neste eg. TJMG e também perante o agosto STJ, a medida de segregação foi mantida, tendo o conspícuo Superior Tribunal de Justiça determinado, porém, que se afastasse 'a exigência de recolhimento do ora paciente à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de apelação' (fls. 668).

Ou seja, a ordem prisional permanecia validam, mas, se o réu apelasse sem se recolher ao cárcere, ainda assim seu recurso deveria ser admitido e julgado.

Por interpretação equivocada do r. *decisum*, porém, determinou-se o recolhimento do mandado de prisão (fls. 669).

Isso posto, considerando que há motivos para a prisão preventiva – conforme já chancelado por este eg. TJMG e também pelo ilustrado STJ –; que a condenação do apelante está sendo mantida por esta colenda Câmara – sendo caso de se aplicar o art. 399 do RITJMG –; e que, por derradeiro, o r. *decisum* do eg. Superior Tribunal de Justiça somente afastava a necessidade do recolhimento à prisão como requisito de admissibilidade do apelo ora julgado, determino seja reexpedido o mandado de prisão (fl. 70).

Como se vê, a fundamentação da Corte de origem demonstra a subsistência dos motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva do Paciente, os quais já foram analisados por esta Corte Superior, nos autos do HC nº 64.361/MG e do HC nº 78.490/MG, e considerados aptos para justificar a medida constritiva.

Com efeito, a manutenção da custódia cautelar, ao contrário do alegado pelos Impetrantes, encontra-se suficientemente fundamentada, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, *in concreto*, a necessidade da medida para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal.

A propósito:

Processual penal. *Habeas Corpus*. Execução provisória da pena. Apelar em liberdade. Princípio da não culpabilidade. Decisão do plenário do STF. Exceção. Custódia cautelar. Requisitos do art. 312 do CPP. Ordem pública. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Ordem denegada. [...]

3. Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, 'ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP (Informativo 534).

4. Inexiste constrangimento ilegal quando devidamente fundamentada a custódia cautelar no art. 312 do CPP, reconhecidas as circunstâncias desfavoráveis, em face dos vários antecedentes criminais registrados contra o paciente, da evasão procedida pelo período de 9 anos e 41 mandados de prisão expedidos.

5. Ordem denegada. (HC 114.260/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 16/11/2009.)

Ante o exposto, denego a ordem.

É o voto.

Certidão

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

"A Turma, por unanimidade, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 27 de abril de 2010. - *Lauro Rocha Reis*
- Secretário.

(Publicado no DJe de 17.05.2010.)

...