

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.180 - RN (2014/0189970-1)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* sem pedido de liminar interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.

Consta dos autos que o Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Natal/RN – Ação Penal n. 0000417-11.2006.8.20.0001 – condenou o réu à pena de 10 anos de reclusão, em regime fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 312, § 1º, c/c o art. 71, *caput* (seis vezes), do Código Penal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade (fls. 6/35).

Irresignada com a medida extrema, a defesa interpôs prévio writ no Tribunal estadual, o qual denegou a ordem (fls. 97/111).

Na presente insurgência, o recorrente sustenta a ilegalidade do decreto construtivo, por ausência de fundamentação idônea. Isso porque: (a) respondeu ao processo em liberdade, bem como "não houve nenhum ato da instrução que deixou de ser realizado por sua culpa e o fato de não haver informado ao Juiz da 8ª Vara Criminal da Capital/RN, no processo referido pelo decreto ora atacado, não levou o Magistrado dali a decretar a prisão do recorrente" (fls. 117/118); e (b) "o decreto resgata o requisito da obrigatoriedade da prisão preventiva, extinto com a Lei 5.349/67, quando empolga, como motivo, o fato de determinar que o cumprimento da pena fixada, fosse realizado inicialmente em regime fechado" (fl. 119).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso ordinário (fls. 166/168).

O em. Ministro Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), relator do feito, votou no sentido de negar provimento ao recurso. O em. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE) inaugurou a divergência, ao fundamento de que, já sentenciado o recorrente e intimado da sentença, "a sua liberdade, ainda que pudesse expor, não mais expõe a risco de comprometimento a coleta de provas, nem representa igualmente prejuízo à aplicação da lei penal". Por sua vez, o em. Ministro Felix Fischer acompanhou o relator.

Para melhor análise da questão, pedi vista dos autos.

A teor do art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva poderá ser decretada quando presentes o *fumus comissi delicti*, consubstanciado na prova da materialidade e na existência de indícios de autoria, bem como o *periculum libertatis*, fundado no risco que o agente, em liberdade, possa criar à ordem pública/econômica, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal.

Superior Tribunal de Justiça

Ademais, segundo reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a prisão cautelar, por constituir medida de caráter excepcional, somente deve ser imposta, ou mantida, quando demonstrada concretamente a sua necessidade, não bastando a mera alusão genérica à gravidade do delito.

Assim, "é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, qualquer que seja a modalidade (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma antecipação do cumprimento de pena" (HC 108.923/SP, Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 10/11/2008).

In casu, a prisão preventiva foi decretada, na sentença, sob os seguintes fundamentos (fls. 33/34):

Às fls. 05/26 – 4º Vol. o Ministério Público requereu a decretação da prisão preventiva do acusado FERNANDO ANTÔNIO DA CÂMARA FREIRE arguindo que o mesmo encontra-se em local incerto, haja vista o insucesso na tentativa de sua intimação pessoal, nos autos da Ação Penal n. 0242714-15.2007.8.20.0001, em trâmite junto à 8ª Vara Criminal, oportunidade na qual foi constatado que o denunciado mudou-se sem deixar qualquer informação acerca de seu novo paradeiro, assim requer a prisão preventiva por entender ser medida de indeclinável necessidade à aplicação da lei penal, nos termos do art. 311 e 312, ambos do Código de Processo Penal.

Nos termos da Lei n. 12.736/2012, que deu nova redação ao art. 387, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação vier a ser interposta.

No caso, conforme consulta no SAJ, verifica-se que nos autos do proc. 0242714-15.2007.8.20.0001 – Ação Penal – Procedimento Ordinário (Vara: 8ª Vara Criminal – Natal), houve reconhecimento de revelia, inclusive com aplicação de medidas cautelares.

Nesses termos, nego a ANTÔNIO DA CÂMARA FREIRE o direito de recorrer em liberdade, em razão de ter fixado o REGIME FECHADO e por verificar que o sentenciado não atualizou o endereço, não tendo até o momento feito qualquer comunicação a este juízo de seu paradeiro.

Conforme se tem decidido, "estando o paciente foragido e não havendo atualização de endereço certo, onde o agente possa ser encontrado, permanece a necessidade da custódia cautelar, tanto para fins de assegurar a aplicação a Lei Penal, como por conveniência da instrução criminal" (TJ-AM; HC 0000646-08.2012.8.04.0000; Primeira Câmara Criminal, Relª. Desª. Carla Maria Santos do Reis).

Portanto, reconhecendo a necessidade de garantir a aplicação da lei penal, com base nos fundamentos da prisão preventiva, nego ao réu o direito de recorrer em liberdade.

Por sua vez, o acórdão impugnado – convolvendo a necessidade da segregação preventiva do ora recorrente –, destacou que o acusado responde a diversas ações penais, relacionadas a delitos praticados quando exercia o mandato de Governador do Estado do Rio Grande do Norte, bem como que o réu teve sua prisão decretada também em quatro ações penais, sob o mesmo fundamento do decreto ora atacado (fls. 97/111).

Do excerto acima colacionado, verifica-se que a medida foi decretada

Superior Tribunal de Justiça

por dois motivos: (I) para garantir a aplicação da lei penal, tendo em vista que o sentenciado não atualizou seu endereço na Ação Penal originária n. 0000417-11.2006.8.20.0001, bem como em outra Ação Penal de n. 0242714-15.2007.8.20.0001, e (II) em razão de ter sido fixado o regime inicial fechado para o cumprimento da reprimenda.

A fixação do regime fechado para o cumprimento da reprimenda não justifica a adoção da medida extrema, pois tal requisito não se encontra elencado no rol do art. 312 do Estatuto Processual Penal, o que é por todos conhecido.

Já a questão da não localização do sentenciado no endereço por ele informado, por si só, não demonstra a sua intenção de se furtar à aplicação da lei penal, mormente porque não há notícia de que tenha deixado de comparecer aos atos processuais, havendo constituído advogado para o regular acompanhamento da ação penal.

Não se pode deixar de considerar que na Ação Penal n. 0242714-15.2007.8.20.0001 (8ª Vara Criminal), mencionada pelo *Parquet* como fundamento para o seu pedido de prisão preventiva, em face de o réu se encontrar em local incerto, a custódia cautelar ali requerida foi indeferida (cf. consulta no endereço eletrônico: <<http://esaj.tjm.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=A96E19E3A901340C43B2AB799253616D.ap psWeb2?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProceso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0242714-15.2007&foroNumeroUnificado=0001&dePesquisaNuUnificado=0242714-15.2007.8.20.0001&dePesquisa=>> Acesso em: 30.09.2015).

Já na ação penal originária que deu ensejo ao presente recurso (n. 0000417-11.2006.8.20.0001), o acusado permaneceu solto durante todo o curso sem causar prejuízo concreto à ordem pública, à instrução criminal ou à aplicação da lei penal, não havendo por que lhe negar o direito de recorrer em liberdade.

Não se ignora a gravidade do fato imputado ao ora recorrente, que responde a várias ações penais, algumas delas com sentenças condenatórias já proferidas, conforme ressaltou o em. decano desta Corte. Entretanto, a custódia preventiva, no caso, mostra-se por demais severa, revelando-se mais uma antecipação prévia da execução do que uma verdadeira cautela, pois outras medidas seriam suficientes para garantir a aplicação da lei penal.

Sobre o tema, cito os seguintes precedentes:

*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. VERIFICAÇÃO DE EVENTUAL COAÇÃO ILEGAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. VIABILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. MENÇÃO À GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E À REPERCUSSÃO SOCIAL DO DELITO NA COMUNIDADE ONDE A VÍTIMA RESIDIA. DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTO CONCRETO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. COMPLEMENTAÇÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. MENÇÃO AO *MODUS OPERANDI* DO CRIME, A EVIDENCIAR A PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE E DO CORRÉU. IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.*

[...]

6. A menção ao fato de que não há nos autos qualquer comprovação acerca do

endereço dos indiciados e de suas respectivas ocupações não é suficiente, por si só, para justificar a decretação da custódia, quando não demonstrada, por meio de elementos concretos, a intenção dos acusados de se furtar à aplicação da lei penal ou de obstar a instrução criminal.

[...]

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, com extensão dos efeitos ao corréu, para revogar a prisão preventiva imposta, sem prejuízo da decretação de medidas cautelares diversas da prisão pelo magistrado singular, fundamentadamente, ou da decretação de nova prisão cautelar, desde que presentes razões idôneas para tanto. (HC 285.866/MT, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe 16/06/2014 - grifei). (Grifei).

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE DO DELITO. CLAMOR PÚBLICO. NATUREZA HEDIONDA DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SEGREGAÇÃO MANTIDA NA PRONÚNCIA. SUPOSTA FUGA DO DISTRITO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE PORTADOR DE DIVERSAS DOENÇAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA NÃO DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o recorrente foi pronunciado pela suposta prática do crime de homicídio qualificado, tendo sido mantida sua custódia preventiva anteriormente decretada.

[...]

I. **O simples fato de o paciente ter mudado de endereço sem comunicar o Juízo não leva à conclusão de que ele tenha o objetivo de se ocultar da Justiça, ainda mais quando evidenciado que o acusado está totalmente debilitado, portando várias doenças, sendo insuficiente para fundamentar sua prisão preventiva.**

II. Ainda que as condições pessoais favoráveis não sejam garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, estas devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

III. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional e reformada a decisão de pronúncia, na parte em que manteve a custódia do réu, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada novamente a prisão preventiva, com base em fundamentação concreta.

IV. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 66.167/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 05/02/2007). (Grifei)

É assente na doutrina que, "proferida decisão condenatória, passível de enfrentamento por um dos recursos previstos em lei (apelação, recurso especial, recurso extraordinário, etc.), ainda que tais recursos sejam dotados apenas do efeito devolutivo, não será possível o recolhimento do acusado à prisão, salvo se demonstrada a presença de uma das hipóteses que autorizam a prisão preventiva." (LIMA, Renato Brasileiro de., Manual de Processo Penal, Salvador, BA: Juspodivm, 2014, págs 956/957).

Ainda sobre o tema, o professor Eugênio Pacelli ressalta que "a regra há de ser mesmo a proibição da execução provisória, mantida, então, a abertura para a sua excepcional exceção, enquanto a nossa Constituição garantir a proibição de tratamento de

Superior Tribunal de Justiça

culpado àquele ainda não definitivamente condenado (art. 5º, LVII)." (Curso de Processo Penal, São Paulo, SP: Atlas, 2012, pág. 599).

Esse entendimento doutrinário coincide com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na esteira da orientação da Suprema Corte, no sentido de que não é possível a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da condenação, permitida a custódia apenas de caráter cautelar, se atendidos os pressupostos processuais próprios.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS**. ROUBO MAJORADO. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. ORDEM CONCEDIDA.

I - O Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC 84.078/MG**, ocorrido em **5/2/2009**, 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 previstos no art. 312 do CPP*" (**Informativo-STF n. 534**).

II - **In casu**, muito embora estivesse o paciente respondendo ao processo em liberdade, o eg. Tribunal **a quo**, ao dar parcial provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Sob tal contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da indevida determinação de execução provisória da pena.

Ordem concedida para, confirmando a liminar anteriormente deferida, assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC 292.503/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 03/08/2015 - destaques no original).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO MANTIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NO ART. 312 DO CPP. INEXISTÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. DESRESPEITO AO PACÍFICO ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTO NA HEDIONDEZ DO DELITO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO NESTA PARTE.

1. A prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar. Isso significa dizer que o Tribunal não está livre do esforço judicial para externar motivação consistente e irreprochável quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão. (Precedentes do STF e do STJ).

2. No caso vertente, verifico que o relator do acórdão ora impugnado não apresentou nenhuma das motivações constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, porquanto se limitou a determinar a expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, ao dar provimento ao recurso do Ministério Público.

3. Em verdade, desde o julgamento do HC n. 84.078/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, passou-se a vedar a execução provisória da pena, que até então ocorria após o julgamento dos recursos ordinários, perante os tribunais de justiça

Superior Tribunal de Justiça

estaduais e tribunais regionais federais. Admitia-se tal interpretação por obediência estrita à letra do art. 637 do CPP, que confere efeito meramente devolutivo ao recurso extraordinário (e, por extensão, ao especial).

4. Assim, é desarrazoado e injustificável que, anos após a publicação desse acórdão – ao qual já se seguiram tantos outros, em igual sentido – se persista na adoção de um entendimento que não se compatibiliza com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal à Constituição da República, no que diz com a presunção de inocência, positivada no artigo 5º, inciso LVII.

5. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram uma rebeldia estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários a partir da qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao STF a interpretação da Constituição da República.

6. Outrossim, há flagrante ilegalidade no que tange à manutenção do modo inicial mais gravoso para o cumprimento da reprimenda, visto que a sentença condenatória, com desprezo ao princípio da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, inciso IX), fundamentou a necessidade e suficiência do regime fechado no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, sem observar o patamar de pena fixado – aquém de quatro anos de reclusão – e as circunstâncias do art. 59 do CP, conforme determina o § 3º do art. 33 do mesmo diploma legal.

7. *Habeas corpus* concedido para que a paciente possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. E, de ofício, concede-se a ordem para fixar o regime aberto como o adequado ao cumprimento da reprimenda. (HC 285.560/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 31/03/2015).

Federal: A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes do Supremo Tribunal

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ROUBO QUALIFICADO. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. INVIABILIDADE. MEDIDA CONSTRITIVA. CARÁTER CAUTELAR. INEXISTÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em casos teratológicos e excepcionais, como o dos autos, viável afastar o óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes.

2. O Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do HC 84.078/MG (Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, DJe-035, de 25.02.2010), passou a entender que o princípio da presunção de inocência obsta a imposição de prisão antes do trânsito em julgado da condenação se inexistentes motivos cautelares a embasá-la.

3. Ordem concedida. (STF, HC 119.759/SP, Rel. Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 03/02/2014)

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

Superior Tribunal de Justiça

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 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.

[...] 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. (STF, HC 84.078-MG, Rel. Ministro EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe 25/2/2010).

Ante o exposto, pedindo todas as vênias aos eminentes ministros relator e Felix Fischer, acompanho a douda divergência inaugurada pelo insigne Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), votando no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário em *habeas corpus* para substituir a prisão preventiva do recorrente, com fulcro no art. 319 do Código de Processo Penal, salvo se por outro motivo estiver preso, pelas seguintes medidas cautelares:

a) comparecimento mensal em juízo para informar e justificar suas atividades;

b) proibição de ausentar-se da Comarca de Natal/RN, salvo autorização judicial, ao prudente critério do Juízo de primeiro grau;

c) proibição de deixar o país, devendo entregar seu passaporte em até 48 horas.

Superior Tribunal de Justiça

É como voto.

