

HABEAS CORPUS Nº 125.849 - SP (2009/0003984-5)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de João Paulo de Jesus Ramos, apontando-se com autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou o *writ* ali manejado.

Colhe-se do processado que o paciente foi preso em flagrante, em 4 de julho de 2008, e condenado a 7 (sete) anos de reclusão, inicialmente no regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, c/c o art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, visto que trazia consigo "cinquenta e oito invólucros plásticos, contendo cocaína, com peso de 45,8 g, quarenta e oito invólucros contendo maconha, com peso de 43,8 g, e dezoito invólucros plásticos contendo *crack*, com peso de 4,7 g".

Busca a impetração ver-lhe assegurado o direito de apelar em liberdade, sustentando que a sentença, no ponto, não está provida de qualquer fundamentação.

Indeferida a liminar e prestadas as informações, a Subprocuradoria-Geral da República opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 125.849 - SP (2009/0003984-5)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (RELATOR): Recupero o trecho da sentença que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade (fl. 80):

Uma vez que o réu permaneceu preso durante a instrução do feito, não se justifica sua libertação, agora que condenado, e no regime inicial fechado, o que seria verdadeiramente paradoxal. Por essa razão, nego a possibilidade de eventualmente recorrer desta sentença em liberdade, determinando expeça-se mandado de prisão.

O Tribunal de origem, na mesma linha, entendeu que a circunstância de ter o paciente respondido ao processo preso constitui elemento suficiente para a manutenção da custódia para apelar, confira-se:

Em que pese o trabalho desenvolvido pela nobre Defensoria, sorte alguma lhe assiste em sustentar o direito do paciente em recorrer em liberdade.

Isto porque, não obstante a parca fundamentação contida na respeitável sentença condenatória que vetou ao paciente o direito de recorrer em liberdade pelo fato dele ter permanecido preso durante toda a instrução, faz sentido de que agora, que consta com condenação a ser cumprida inicialmente em regime fechado, continue recolhido sem direito de aguardar em liberdade a sorte do recurso interposto.

Vale a anotação de que a pena corporal imposta é elevada, o que vem a demonstrar que caso se livre solto, o sentenciado paciente poderá causar dano a aplicação da lei penal.

Assim, embora de maneira fraca, não se pode dizer que a sentença proferida deixou de fundamentar o motivo pelo qual era vedado ao sentenciado apelar em liberdade, pois, ao dizer que ele deverá aguardar recolhido o final do feito, deixou claro que seria um verdadeiro paradoxal soltá-lo agora que existem elementos muito mais fortes para sua prisão do que antes de ser proferida a sentença condenatória.

De fato, o réu paciente respondeu preso todo o processo, não sendo coerente, agora, que consta com condenação, permitir que aguarde em liberdade o final do feito, motivo porque deverá continuar recolhido até decisão final, que se operará com o trânsito em julgado da condenação caso esta se confirme.

Superior Tribunal de Justiça

A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da Constituição Federal), as exigências do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

No caso, como se pôde observar, as instâncias ordinárias consignaram que o fato de o paciente ter respondido ao processo preso é fundamento bastante para lhe negar o direito de recorrer solto.

Todavia, ao que se verifica dos autos, não se pronunciou o magistrado de primeiro grau, em momento algum no curso da ação, sobre a necessidade da prisão, não ficando demonstrada de que forma a liberdade do paciente colocaria em risco a ordem pública, a conveniência da instrução criminal ou a aplicação da lei penal, constrangimento que se avulta em se cuidando de réu primário.

Sendo assim, ao menos na sentença, deveria o Juiz ter apontado, para a negativa do apelo em liberdade, a presença de algum dos requisitos do art. 312 do CPP, não bastando a menção de que o paciente permanecera preso durante o processo.

Veja-se que o art. 387 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08, estabelece expressamente que a manutenção da custódia, na sentença condenatória, deve se operar de forma fundamentada:

*Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:
(...)*

*Parágrafo único. O juiz decidirá, **fundamentadamente**, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (grifei)*

Leiam-se os seguintes precedentes:

Superior Tribunal de Justiça

Prisão preventiva/sentença penal condenatória. Fundamentação (necessidade). Apelação em liberdade (possibilidade).

1. A prisão provisória só há de ser imposta por meio de decisão fundamentada, por exemplo, no caso da preventiva, o despacho (ou a decisão) que a decretar "será sempre fundamentado".

2. Tal é o que, de igual sorte, acontecerá com a sentença penal, se e quando o juiz entender que o réu, para apelar, haverá de permanecer recolhido à prisão.

3. Faltando à sentença persuasiva motivação, o melhor dos entendimentos é o de que pode o réu apelar em liberdade.

4. **O simples fato de o réu ter permanecido preso, bem como a reportagem, e simples, ao frio texto da lei, não justifica se lhe imponham restrições ao direito de apelar em liberdade.**

5. Habeas corpus concedido.

(HC nº 117.698/DF, Relator p/ acórdão o Ministro Nilson Naves, DJe de 16/2/2009)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA

1. A gravidade do delito e o seu enquadramento como infração equiparada a hedionda não são circunstâncias aptas a engendrar a necessidade do aprisionamento processual, **bem assim a simples indicação da existência da custódia no curso da instrução não pode ser motivo hábil, por si só, a inviabilizar o recurso em liberdade.**

2. A prisão processual, por ser medida instrumental, e não antecipatória de pena, necessita reportar-se a dados concretos de cautelaridade.

3. Em igual medida, o indeferimento do direito de recorrer em liberdade também precisa lastrear-se em elementos constantes dos autos que conduzam à imprescindibilidade da odiosa medida constritiva, o que não se verifica no caso em apreço.

4. Recurso provido e ordem concedida.

(RHC nº 21.602/RJ, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 25/2/2008)

CRIMINAL. HC. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NEGADO. GRAVIDADE DO DELITO. PERICULOSIDADE DA PACIENTE. RÉ QUE PERMANECEU PRESA DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA.

I. O posicionamento desta Corte é no sentido da manutenção da custódia do acusado, após a sentença condenatória, se foi mantido preso durante a instrução processual, **desde que a segregação esteja fulcrada no art. 312 do Código de Processo Penal.**

Superior Tribunal de Justiça

II. O princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade não é incompatível com as custódias cautelares, não obstando a decretação de prisão antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, desde que presente uma das hipóteses previstas em lei.

III. Hipótese em que o apelo em liberdade foi vedado com base na gravidade da conduta imputada à ré, que traria perigo à sociedade, bem como em razão de ela ser, alegadamente, uma traficante internacional experiente.

IV. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado à paciente, a repercussão social, bem como a suposta periculosidade da agente não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto, que não a própria conduta, em tese, delituosa.

V. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão cautelar, cabendo salientar que as afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal, além de que qualquer prática criminosa, por si só, intranquiliza a sociedade.

VI. Deve ser concedida a ordem para garantir o direito da paciente de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de apelação, se por outro motivo não estiver presa, sem prejuízo de que seja decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VII. Ordem concedida, nos termos da fundamentação acima.

(HC nº 68.578/CE, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJ de 5/2/2007)

Diante do exposto, concedo o **habeas corpus** para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal aqui tratada.

É o voto.