

**HABEAS CORPUS Nº 308.788 - SP (2014/0293903-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : MARCELO FELLER E OUTRO  
**ADVOGADOS** : FREDERICO DONATI BARBOSA E OUTRO(S)  
MARCELO FELLER E OUTRO(S)  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GIL GREGO RUGAI

**EMENTA**

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PARECER PELA CONCESSÃO DA LIBERDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. Na espécie, o acórdão impugnado não apontou a presença dos vetores contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, agravando a situação do réu, em recurso exclusivo da defesa, ao

determinar a expedição do mandado de prisão, situação que configura *reformatio in pejus*. Precedentes do STF e do STJ.

**4.** O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

**5.** *Habeas corpus* não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

**HABEAS CORPUS Nº 308.788 - SP (2014/0293903-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : MARCELO FELLER E OUTRO  
**ADVOGADOS** : FREDERICO DONATI BARBOSA E OUTRO(S)  
MARCELO FELLER E OUTRO(S)  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GIL GREGO RUGAI

## **RELATÓRIO**

**O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GIL GREGO RUGAI contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri à pena total de 33 (trinta e três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, facultado o direito de recorrer em liberdade, pela prática da conduta descrita no art. 121, § 2º, I (por duas vezes), c/c o art. 69, ambos do Código Penal.

A defesa interpôs recurso de apelação alegando, em preliminar, violação aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal em razão das supostas nulidades processuais: "(i) oitiva de testemunha em surpresa à Defesa, ante a alegada inaplicabilidade, em Plenário, do art. 209 do Código de Processo Penal; e (ii) ausência de possibilidade de apresentação de peça probatória em Plenário, com ofensa ao art. 159, § 6º, do Código de Processo Penal". No mérito, pediu, "essencialmente, anulação da decisão do E. Tribunal do Júri, submetendo-se o réu a novo julgamento, por alegada contrariedade à prova existente nos autos, consistente em existência de prova de inocência do *acusado* e insuficiência de prova acusatória". Subsidiariamente, pleiteou a "redução das penas aplicadas, por ocorrência de '*bis in idem*' e ausência de fundamentação" (e-STJ fls. 123/124). O Tribunal revisor, contudo, negou provimento ao recurso, mantendo, na íntegra, a sentença condenatória, determinando, ainda, a expedição de mandado de prisão. Eis a ementa do julgado (e-STJ fl. 122):

# *Superior Tribunal de Justiça*

*EMENTA: Júri. Homicídios qualificados por motivo torpe, contra ascendente e em prevalência de relações domésticas, mais homicídio qualificado por motivo torpe, em concurso material (art. 121, § 2º, I, c.c. art. 61, II, 'e' e 'f', e art. 121, § 2º, I, na forma do art. 69, todos do Código Penal). Preliminares absolutamente inconsistentes. Oitiva de testemunha do Juízo.*

*Aplicabilidade em Plenário. Testemunha arrolada pela Defesa. Intimação da testemunha nos autos. Desistência que não afasta possibilidade do art. 209 do Código de Processo Penal. Inocorrência de surpresa à Defesa. Peça pericial não apresentada em Plenário. Prejuízo não demonstrado. Laudo pericial constante dos autos, com fotos. Contraprovas realizadas a requerimento da Defesa. Demonstração necessária da peça improcedente. Laudos periciais completos e suficientes ao pretendido pela Defesa. Ausência de prejuízo às reperfutas. Cerceamento de Defesa inócurrente.*

*Fundo. Resultado perfeitamente conforme a evidência dos autos. Decisão anulável apenas quando o julgamento não encontra amparo algum nos elementos dos autos, coisa jamais ocorrida, por aqui. Autoria certa e materialidade indiscutível. Provas carreadas pela Defesa afastadas pelo Conselho de Sentença, em estrito exercício de valoração da prova. Inexistência de evidência absolutória manifesta. Resultado absolutamente alicerçado na prova, que é forte e firme.*

*Apenamento adequado, em estrita observância da legislação. Inocorrência de 'bis in idem'. Qualificadora presente. Apelo improvido, rejeitadas as preliminares.*

Os impetrantes alegam, no presente *habeas corpus*, que a ordem de prisão foi expedida sem qualquer fundamento, tendo o Tribunal consignado apenas "expeça-se o mandado de prisão".

Argumentam que a segregação do paciente, antes do trânsito em julgado da condenação, somente poderia ser decretada a título cautelar e com base em fundamentos concretos.

Ressaltam, ainda, que a determinação proferida pelo Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, modifica a decisão de primeiro grau, favorável ao réu, porquanto lhe foi assegurado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

Diante disso, pedem, liminarmente e no mérito, para sustar o mandado de prisão expedido ou, caso já tenha sido cumprido, colocar o paciente em liberdade.

# *Superior Tribunal de Justiça*

O pleito urgente foi indeferido pelo então Relator do feito, o Ministro Walter de Almeida Guilherme (Desembargador Convocado do TJ/SP) (e-STJ fls. 170/176).

Por intermédio das petições n. 00422039/2014 e n. 22431774/2014 foram juntadas informações complementares (e-STJ fls. 182/183 e 199/258).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Alcides Martins, manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem de ofício (e-STJ fls. 266/272). Destaco a ementa:

**EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. RÉU QUE OBTVEVE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO DE APELAÇÃO EXCLUSIVO DA DEFESA. DETERMINAÇÃO DE PRISÃO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMATIO IN PEJUS. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PELA CONCESSÃO DA ORDEM.**

Em nova petição, n. 00068734/2015, os impetrantes reafirmam os argumentos da inicial e pedem a reconsideração da decisão que indeferiu o pedido liminar (e-STJ fls. 276/277).

É o relatório.

**HABEAS CORPUS Nº 308.788 - SP (2014/0293903-9)**

**VOTO**

**O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):**

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).*

*II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.*

*(...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).*

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).*

Assim, em princípio, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

O ora paciente, inicialmente, teve a prisão temporária decretada, posteriormente convertida em preventiva, por ocasião do recebimento da denúncia e relaxada, por decisão do Supremo Tribunal Federal, por excesso de prazo.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Nova prisão cautelar foi decretada pela 5ª Vara do Júri, com confirmação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo o ora paciente, todavia, sido solto por força de uma decisão liminar em *habeas corpus* impetrado neste Colendo Superior Tribunal de Justiça, (HC n. 127.036/SP, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA). Contudo, no julgamento do mérito, essa Quinta Turma, por maioria, cassou a liminar e denegou a ordem, designado o eminente Ministro FELIX FISCHER para redigir o acórdão, que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fls. 243/244):

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTELIONATO. PRISÃO PREVENTIVA. APONTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PECULIARIDADES DO CASO. RÉU QUE, APÓS SER BENEFICIADO COM O RELAXAMENTO DE SUA CUSTÓDIA, AUSENTOU-SE REITERADAMENTE DO DISTRITO DA CULPA, SEM INFORMAR AO JUÍZO PROCESSANTE SEU NOVO ENDEREÇO.*

*I - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 22/11/2007), sendo exceção à regra (HC 90.398/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 17/05/2007). 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 90.464/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJU de 04/05/2007). O princípio constitucional da não-culpabilidade se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter base empírica e concreta (HC 91.729/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).*

*II – Na hipótese, a segregação cautelar encontra-se devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos que denotam que o paciente, beneficiado com o relaxamento de anterior prisão cautelar, ausentou-se, reiteradamente, do distrito da culpa sem comunicar ao Juízo processante o seu novo endereço, vindo a ser localizado, através de reportagem televisiva, em localidade próxima à fronteira com outro país.*

*III - Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si só, garantirem a revogação da prisão preventiva, se há nos autos, elementos hábeis a recomendarem a manutenção da custódia cautelar (Precedentes).*

*Ordem denegada.*

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, Relator o eminente Ministro CELSO DE MELLO, que deferiu o pleito emergencial e devolveu o paciente à liberdade. Eis os fundamentos da decisão (e-STJ fl. 257):

*O exame dos fundamentos que dão suporte à presente impetração (fls. 02/40) e a análise das razões subjacentes à própria decisão do eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, que deferiu, em sua condição de Relator, provimento cautelar em favor do ora paciente (fls. 347/348), associados ao pronunciamento favorável da douta Procuradoria-Geral de República (fls. 349/351), que opinou, perante o E. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 127.036/SP, 'pela concessão do 'habeas corpus'' (fls. 351), levam-me, em juízo de estrita delibação, e por motivo de prudência, a suspender, cautelarmente, até final julgamento da presente ação de 'habeas corpus', a eficácia da decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente (fls. 265/267), sustando-se, em consequência, a expedição de mandado de prisão contra Gil Grego Rugai ou Gil Greco Rugai ou Gil Grecco Rughai, qualificado a fls. 02/03.*

*Caso o ora paciente já tenha sofrido prisão em decorrência da execução de mandado de prisão cautelar extraído do processo em referência (Processo-crime nº 402/04), deverá ser posto, imediatamente, em liberdade, se por al não estiver preso.*

*Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 127.036/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 990.08.098391-1) e ao MM. Juiz do Direito do 5º Tribunal do Júri da comarca de São*

# Superior Tribunal de Justiça

Paulo/SP (Processo-crime nº 402/04). (HC 100396/SP, Relator Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/2009).

Sentenciando, em **22 de fevereiro de 2013** (e-STJ fls. 9/13), o Juiz Presidente do Tribunal do Júri de São Paulo, assinalou que não havia notícia nos autos de que o mérito desse último *habeas corpus* já tivesse sido julgado e, reconhecendo a ausência de outros motivos para a prisão, facultou-lhe o recurso em liberdade. Confira-se, *in verbis* (e-STJ fl. 13):

*Na sequência, novo "habeas corpus" foi impetrado, desta feita novamente junto à Suprema Corte, que liminarmente permitiu que o réu permanecesse solto até o respectivo final julgamento (fls. 2407/2408).*

*Porém, não há nos autos notícia de que o mérito deste último "habeas corpus" já tenha sido julgado, com determinação de prisão do acusado.*

*Por conseguinte, em respeito à hierarquia inerente ao conjunto de normas jurídicas de nosso país (e ninguém está acima da lei), por não haver presentemente encarceramento por estes autos, tratando-se - ainda - de réu primário, sem antecedentes prejudiciais, faculto-lhe recorrer desta decisão em liberdade.*

*Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão em desfavor do réu e proceda-se ao lançamento nominal no rol dos culpados.*

Em **04 de dezembro de 2013**, apreciando pedido de liminar no *Habeas Corpus* nº 100.396/SP, em que se apontava a ilegalidade da prisão preventiva do paciente, o Relator, eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, **julgou-o prejudicado**, com base no art. 38 da Lei n. 8.038/90 e no art. 21, IX do RI/STF, em razão de ter sido proferida sentença condenatória, em que se assegurou ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Acontece que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao examinar o recurso de apelação, ordenou o recolhimento do réu antes do trânsito em julgado.

Feita esta retrospectiva dos fatos, passo a avaliar a legalidade da prisão do paciente.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se

# Superior Tribunal de Justiça

de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

No presente caso, observa-se que o paciente foi condenado a cumprir pena de 33 (trinta e três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, concedido o direito de recorrer da sentença em liberdade. Contudo, o Tribunal revisor, ao confirmar a condenação, determinou a expedição de mandado de prisão consignando apenas: "Expeça-se o mandado de prisão" (e-STJ fl. 167).

Efetivamente, o acórdão impugnado não apontou a presença dos vetores contidos no artigo 312 do Código de Processo Penal, determinando a segregação do paciente sem qualquer fundamentação.

Veja-se que o Ministério Público tinha ciência das duas decisões precedentes – do juiz sentenciante, assegurando ao réu o direito de recorrer em liberdade e a do Supremo Tribunal Federal julgando prejudicado o *habeas corpus*, cuja liminar havia sido concedida – poderia, se assim entendesse, ter recorrido para restabelecer a prisão preventiva.

Nesse contexto, o Tribunal revisor, embora tenha mantido a sentença na íntegra, não poderia agravar a situação do réu em recurso exclusivo da defesa, tal como fez, determinando a expedição de mandado de prisão. Isso porque, "**Conforme o entendimento dos Tribunais Superiores, a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível *reformatio in pejus*.**" (HC n. 180.363/ES, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 12/04/2011, grifei).

Nesse mesmo sentido, a título de exemplo, confira-se o seguinte julgado do

# *Superior Tribunal de Justiça*

Supremo Tribunal Federal:

*EMENTA Habeas corpus. Sentença que condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. Recurso de apelação exclusivo da defesa. Reformatio in pejus. Precedentes da Suprema Corte. 1. Configura-se reformatio in pejus a decisão de Tribunal de Justiça que, ao negar provimento à apelação exclusiva da defesa, determina a expedição de mandado de prisão contra o recorrente quando a sentença condenatória condiciona a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. 2. Ordem de habeas corpus concedida. (HC n. 93356, Relator Ministro MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 6/5/2008, DJe-102, Publicado em 6/6/2008)*

Ademais, o esgotamento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exige o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, principalmente, como no caso dos autos, em que foi facultado o réu recorrer em liberdade.

A propósito, confira-se o seguinte julgado da Suprema Corte:

*EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENDÊNCIA DE RECURSO DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA. RÉU QUE AGUARDOU EM LIBERDADE O JULGAMENTO DA APELAÇÃO. DECRETO DE PRISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA. GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E DIREITO À PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORIENTAÇÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. No julgamento do HC 84.078, da relatoria do ministro Eros Grau, o Plenário desta colenda Corte assentou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade da execução provisória da pena. Isso por entender que o exaurimento das instâncias ordinárias não afasta, automaticamente, o direito à presunção de não culpabilidade. Direito individual que tem sua força quebrantada em uma única passagem da Constituição. Leia-se: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei" (inciso LXI do art. 5º).*

*2. Em matéria de prisão provisória, a garantia da fundamentação das decisões judiciais consiste na demonstração da necessidade da custódia cautelar, a teor do inciso LXI do art. 5º da Carta Magna e*

*do art. 312 do Código de Processo Penal. A falta de fundamentação do decreto de prisão inverte a lógica elementar da Constituição, que presume a não culpabilidade do indivíduo até o momento do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (inciso LVII do art. 5º da CF). Não é de se confundir prisão provisória com execução provisória da pena, portanto.*

*3. Ordem concedida. (HC n. 97523, Relator Ministro CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 30/6/2009, Publicado em 28/8/2009)*

Em situações análogas, confirmam-se os seguintes julgados desta Corte Superior:

**PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ILEGALIDADE. LIMINAR DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA.**

*I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constitutiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. (Precedentes).*

*II - No caso dos autos, o v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação e determinou a expedição de mandado de prisão em desfavor do ora paciente, sem sequer mencionar a presença dos pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal para justificar a necessidade de impor ao paciente a segregação cautelar.*

*III - Ao se pronunciar, o douto Subprocurador da República, em parecer acostado às fls. 263-268, manifestou-se "pela concessão da ordem." Ordem concedida para, confirmando a liminar, revogar a prisão cautelar decretada em desfavor do paciente para que possa aguardar em liberdade o trânsito em julgado da Apelação, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada, ou de outras medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. (HC n. 304.024/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014)*

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. SENTENÇA QUE CONCEDEU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELO JULGADO. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA.**

1. Viola o princípio da presunção de inocência a expedição de mandado de prisão pelo simples esgotamento das vias ordinárias, pois o Supremo Tribunal Federal, em razão do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República, decidiu pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena.

2. Tratando-se de paciente primário, que respondeu ao processo em liberdade e que teve deferido na condenação o direito de recorrer solto, resta caracterizado o constrangimento ilegal quando o Tribunal impetrado ordena a prisão cautelar antes do trânsito em julgado sem indicar os motivos pelos quais, após o julgamento do recurso de apelação, seria necessário o recolhimento do sentenciado ao cárcere, à luz do art. 312 do CPP.

3. Ordem concedida para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso. (HC n. 253.950/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 24/05/2013)

**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. REQUISITOS ART. 312 CPP. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. DETERMINAÇÃO, PELO TRIBUNAL LOCAL, DE EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO, SEM NENHUMA MOTIVAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

# *Superior Tribunal de Justiça*

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

3. É cogente a fundamentação concreta da decisão que suprime a liberdade humana, sob as balizas contidas no referido dispositivo, o que afasta a invocação da mera gravidade abstrata do delito, ou o recurso a afirmações vagas e descontextualizadas de que a prisão é necessária para garantir a ordem pública ou econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal.

4. No caso dos autos, o acórdão proferido no julgamento da apelação não ofereceu nenhuma motivação, limitando-se a determinar a expedição dos mandados de prisão.

5. A determinação de expedição de mandado de prisão, pelo Tribunal de Justiça, antes do trânsito em julgado da condenação, como simples decorrência do julgamento da apelação, sem amparo em juízo de cautelaridade lastreado em dados concretos que indiquem a necessidade da custódia processual, viola a garantia constitucional inserta no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedido de ofício, para que os pacientes possam aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, se por outro motivo não estiverem presos, sem prejuízo de sobrevir novo ato judicial satisfatoriamente apoiado em dados concretos que indiquem a necessidade de providências de natureza cautelar. (HC n. 239.651/SP, Relator Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, DJe 14/04/2014).

**"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. 1. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. ORDEM CONCEDIDA.**

1. A expedição de mandado de prisão sem aduzir fundamentos concretos que justifiquem a necessidade da segregação cautelar do paciente, que permaneceu solto durante a instrução criminal e teve assegurado o direito de recorrer da sentença em liberdade, caracteriza constrangimento ilegal passível de correção na presente via processual.

2. Habeas corpus concedido para garantir ao paciente o direito de

# Superior Tribunal de Justiça

*aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.* (HC n. 241.157/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe de 31/08/2012).

Por último, destaco que igual conclusão colhe-se do parecer ministerial (e-STJ fls. 270/271, grifei):

20. *Pois bem. Da leitura atenta dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem, ao julgar o recurso de apelação interposto pela defesa, determinou a prisão do paciente, sem apresentar fundamentação idônea a justificar medida extrema, determinando apenas a expedição do competente mandado como consequência do julgamento do feito.*

21. *Tal omissão, na hipótese em apreço, configura o alegado constrangimento ilegal noticiado pela defesa. Com efeito, o TJSP não poderia determinar a mera expedição de mandado de prisão, antes do trânsito em julgado do feito, em arrepio ao decidido na sentença condenatória, que, de forma expressa, se pronunciou sobre o direito do paciente recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da ação.*

22. *Neste sentido, ante a ausência de elementos concretos a indicar a necessidade da prisão preventiva, deve ser concedida a ordem pleiteada . [...].*

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Contudo, acolho o parecer ministerial e **concedo a ordem**, de ofício, para assegurar ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

Prejudicado o pedido de reconsideração.

É o voto.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2014/0293903-9

**PROCESSO ELETRÔNICO**

**HC 308.788 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00017227420048260052 17227420048260052 20140000705796

EM MESA

JULGADO: 01/09/2015

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

**AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : **MARCELO FELLER E OUTRO**

ADVOGADOS : **FREDERICO DONATI BARBOSA E OUTRO(S)**  
**MARCELO FELLER E OUTRO(S)**

IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

PACIENTE : **GIL GREGO RUGAI**

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

**SUSTENTAÇÃO ORAL**

PRESENTE NA TRIBUNA: **DR. MARCELO FELLER (P/PACTE)**

**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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.