

**HABEAS CORPUS**

---



**HABEAS CORPUS** Nº 2.183-5 — RJ

(Registro nº 93.0026195-9)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrantes: *Murilo Peres e outros*

Impetrado: *Desembargador da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

Paciente: *Emil Pinheiro (réu preso)*

**EMENTA:** *Habeas corpus. Ato de desembargador. Competência do STJ.*

**1 — Fundamento não apreciado.** Pedido originário que ataca, igualmente, prisão preventiva decretada por juiz, não submetida ao crivo do Tribunal, em relação ao paciente. Não conhecimento, nessa parte, para não suprimir-se uma instância.

**2 — Fiança.** É admitida “enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória” (art. 334 do CPP). Todavia, a ela não faz jus réu abrangido pela expressa vedação contida no art. 324, IV, do CPP.

**3 — Prisão preventiva.** Pode ser decretada após o encerramento da instrução, em decisão fundamentada, como se infere da expressa autorização contida no art. 316 do CPP, que fala “no correr do processo”.

**Habeas corpus conhecido em parte mas indeferido.**

**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 maioria, conhecer parcialmente do pedido, mas o indeferir. Votaram com o Relator os Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Flaquer Scartezzini. Votou vencido o Ministro Edson Vidigal. Sustentou, oralmente, o Dr. Murilo Peres pelo paciente.

Brasília, 27 de outubro de 1993  
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,  
Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO,  
Relator.

---

Publicado no DJ de 28-02-94.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Em favor de Emil Pinheiro, preso preventivamente e condenado pela Juíza da 14ª Vara Criminal do Rio

de Janeiro, no processo promovido contra os envolvidos na contravenção do “jogo do bicho” e outros delitos, impetra-se ordem de **habeas corpus** na qual se discute a ilegalidade da prisão cautelar e o direito à prestação de fiança.

Alega-se deficiência de fundamentação no decreto de prisão, baseado em meras conjecturas, sem fato concreto algum e sem que o paciente esteja relacionado com o episódio ensejador da medida. Além disso, não se verificaria, no caso, qualquer das hipóteses autorizadoras da providência excepcional, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, estabelecendo o art. 311 do CPP que a prisão preventiva poderá ser decretada no inquérito ou durante a instrução (“em qualquer fase do inquérito ou da instrução”), não poderia a Juíza, como fez, decretá-la após o encerramento da instrução.

Por último, pede-se que, reconhecida a inexistência de motivos justificadores da prisão, seja permitido ao paciente aguardar o desfecho do processo em liberdade mediante prestação de fiança, como ocorre com dois outros co-réus beneficiados com os **Habeas Corpus** nºs 2.074 e 2.141.

Indeferi a liminar (fls. 244).

Solicitadas informações, prestou-as o ilustre 1º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, nestes termos:

“O paciente, tanto quanto os demais co-réus, teve sua prisão preventiva decretada pelo Juízo a

**quo**, em face de afronta ao poder constituído, quando, em oportunidade em que os acusados cumpriam condição de sua liberdade no curso da ação, se viu o prédio do Fórum cercado por indivíduos armados que lhes prestavam segurança. O desafio à autoridade do Poder Judiciário pôs em risco a ordem pública e colocou em dúvida a aplicação da lei penal, convido, destarte, a imposição aos réus, bem assim ao paciente, da custódia cautelar.

Deduziu, então, o paciente, quando já aforado o competente recurso à sentença final, perante o relator da apelação, pedido de arbitramento de fiança, que foi rejeitado, como se vê da inclusa certidão, porque entendeu o eminente Desembargador Luciano Belém ser incabível o instituto da fiança onde há a conveniência ou a necessidade de constrição provisória da liberdade.

A decisão restou preclusa, não havendo o paciente utilizado as vias regulares para sua impugnação; ao revés, voltou-se para o remédio heróico.

Ainda atendendo à requisição inicial, esclareço, a esse colendo Tribunal que consta haver o paciente, em nome próprio, impetrado uma única ação de **habeas corpus**, protocolada sob nº 752/93, não tendo sido possível, no momento, conhecer se seus fundamentos, haja vista se acharem os autos conclusos ao desembarga-

dor Gama Malcher, para lavratura de acórdão.

Ao derradeiro, cumpre esclarecer que a egrégia Terceira Câmara Criminal desta Corte de Justiça, conhecendo do recurso de apelação interposto pelo paciente, na data de ontem, a ele deu parcial provimento para reduzir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semi-aberto, tal como o comprova inclusa certidão.” (Fls. 263/264).

Nesta instância, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer do Dr. Pedro Yannoulis, opina pela prejudicialidade do pedido, em parecer assim ementado:

“**Habeas Corpus** — Pretendido direito de aguardar julgamento de recurso em liberdade. Pleito de arbitramento de fiança. Impossibilidade em face do julgamento do recurso na instância **a quo**. Prejudicialidade do pedido.” (Fls. 257).

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Segundo o art. 334 do CPP, a fiança é admitida “enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória”.

Pelas informações prestadas, o trânsito em julgado ainda não ocor-

reu, pelo que afasto a preliminar suscitada no parecer.

O paciente teve negada, pelo Desembargador Relator de sua apelação, a pretendida liberdade mediante fiança (fls. 265). Todavia, não há nos autos prova de que tenha sido impugnado perante o Tribunal **a quo** o decreto de prisão preventiva, quanto ao paciente.

Assim, a competência desta Corte para o presente pedido originário de **habeas corpus** restringe-se à questão da fiança, já que o decreto de prisão, por ser ato de juiz, não de desembargador ou de Tribunal, não está submetido diretamente à jurisdição desta Corte.

Conheço, pois, parcialmente do pedido, passando ao exame do mérito, nessa parte.

O paciente Emil Pinheiro teve sua prisão preventiva decretada pela Juíza, juntamente com outros co-réus, permanecendo nessa situação até o presente momento.

Assim, sua situação não se assemelha à dos co-réus beneficiados pelos **Habeas Corpus** 2.074 e 2.141, Raul Corrêa de Mello e Castor Gonçalves de Andrade Silva, não alcançados pelo decreto de prisão, mas sim à dos co-réus Aniz Abraão David e outros, pacientes do **Habeas Corpus** 2.001, indeferido por esta Corte, em acórdão que porta esta ementa:

“*Processual Penal. Fiança.*

Réus condenados por crime de quadrilha armada (art. 288, § 1º,

do CP) e que, além disso, encontravam-se presos preventivamente por ocasião da sentença.

Hipótese em que não fazem jus à liberdade mediante fiança, no aguardo de julgamento da apelação, ante a vedação contida no art. 324, IV, do CPP.

Afirmada, na sentença, a permanência dos motivos que levaram ao decreto de prisão, difícil ou inviável a revisão dessa questão de fato na via do *writ*.

**Habeas corpus** conhecido mas indeferido.” (DJ de 30/8/93).

Com efeito, a sentença da Juíza proclamou a existência de antecedentes desabonadores em relação a Emil Pinheiro (fls. 57); além disso, o paciente está preso preventivamente.

A negativa de fiança, no caso, não se reveste, pois, de ilegalidade.

Ante o exposto, na parte em que o pedido é conhecido, não vejo como deferi-lo.

Embora não conhecendo da impetração quanto ao outro fundamento, registro que o Código de Processo Penal, no art. 316, admite expressamente a decretação da prisão preventiva “no correr do processo”, portanto, não só durante a instrução. Ademais, esta mesma Turma já teve oportunidade de apreciar fundamentos idênticos de impugnação ao decreto de prisão preventiva de que se trata, tendo-os rejeitado no julgamento do RHC 2.949-RJ, relativo a co-réus do paciente, no mesmo processo.

Em conclusão, conheço em parte do pedido, mas o indefiro.

É o voto.

## VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, quantos foram os condenados desta ação penal, quantos já somam os pedidos de **habeas corpus**, martelando a mesma tese, de fiança em caso no qual se concedeu a preventiva. E quantas vezes pedido, tantas vezes negado o **habeas corpus**, pois, evidentemente, é tradicional a jurisprudência da Corte (fiel à letra do Código de Processo Penal), no sentido de que a fatibilidade da permissão da prisão preventiva impede a fiança; pelo que mais a impede a própria preventiva decretada no caso de que se trata.

De forma que, louvando o esforço do nobre advogado, indefiro, porém, o pedido originário, na forma do voto do Sr. Ministro-Relator.

## VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, já tenho posição por demais conhecida nesta Egrégia 5ª Turma quanto ao tema. De modo que, pedindo vênias a V. Exas., reiterando os fundamentos do voto que proferi em caso semelhante, divirjo do Eminentíssimo Ministro-Relator. Na hipótese, realmente, do réu, neste caso, ser primário e de bons antecedentes.

É o voto.

**HABEAS CORPUS** Nº 2.229-7 — RJ

(Registro nº 93.0028120-8)

Relator: *O Sr. Ministro Assis Toledo*

Impetrante: *Júlio César Macedônio Buys II*

Impetrada: *Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

Paciente: *Norberto Rodrigues Primiano*

**EMENTA:** *Execução penal. Prisão albergue.*

**Tendo o Estado destinado local que, mesmo não sendo o ideal, procura atender a situações de emergência, não cabe a transformação da prisão albergue em domiciliar, que tem sido deferida ante a absoluta ausência de local adequado.**

**Recomendação ao Juízo da Execução Penal para que promova gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado a fim de que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto.**

Habeas corpus **indeferido**.

**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, conhecer do pedido e indeferir a ordem, recomendando ao Juízo de Execução Penal promover gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado para que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto. Votaram com o Relator os Ministros Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas. Ausente, jus-

tificadamente, o Ministro Flaquer Scartezzini.

Brasília, 24 de novembro de 1993  
(data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA,  
Presidente. Ministro ASSIS TOLEDO, Relator.

---

Publicado no DJ de 13-12-93.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: O Tribunal Regional Federal da 2ª Região denegou ordem de **habeas corpus** impetrada em favor de Norberto Rodrigues Primiano, em acórdão assim ementado:

*“Processual Penal — Habeas corpus — Apelação em liberdade — Fiança — Conversão do regime prisional aberto em domiciliar.*

I — Não faz jus à apelação em liberdade o réu que não desfruta do requisito de bons antecedentes, embora tecnicamente primário, nos termos do decreto condenatório.

II — Inexistindo prova de inobservância do regime inicial aberto, a teor do § 1º do art. 36 do C. Penal, o recolhimento a outro estabelecimento penal urbano por inexistência de “Casa de Albergado” não viola o regime concedido no decreto judicial.

III — Ordem de **Habeas Corpus** denegada.” (Fls. 42).

Inconformado, ingressa o impetrante com pedido originário, substitutivo do recurso ordinário, objetivando o benefício da prisão domiciliar, acrescentando que o paciente possui curso superior fazendo jus a prisão especial, sendo que no Estado do Rio de Janeiro, não há estabelecimento adequado ao cumprimento de pena em regime aberto.

Prestadas informações, a douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer da lavra da Dra. Railda Saraiva, opina pelo não conhecimento do *writ*, reportando-se aos fundamentos deduzidos nos pareceres emitidos no HC 2.005.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (Relator): Trata-se de médico condenado à pena de três anos e nove meses de reclusão, em regime aberto, pela prática de estelionato (art. 171, § 3º, c/c arts. 29 e 69, II, g, do CP).

Esta Corte julgando **habeas corpus**, anteriormente impetrado em favor do mesmo paciente, negou-lhe o direito de apelar em liberdade, não conhecendo do pedido em relação ao deferimento de prisão domiciliar por não ter sido objeto de exame pelo Tribunal **a quo** (HC 2.005-7/RJ, DJ 30/08/93).

Agora, vem a matéria à discussão, pela via regular.

Consta dos autos ofício expedido pela Diretora-Geral do DESIPE salientando que, no Estado do Rio de Janeiro, não há Casa de Albergado, mas foram destinados estabelecimentos para o cumprimento de pena em regime aberto, onde os detentos ficam em alojamentos coletivos, juntamente com os submetidos ao regime semi-aberto, começando a trabalhar de imediato, sem necessidade de autorização especial (fls. 8).

Vale reproduzir aqui algumas das considerações que fiz, em voto no RHC 72-MG, acerca da matéria:

“O Código Penal, na sua nova parte geral, e a Lei de Execução Penal institucionalizaram, com característica própria, o regime aberto entre nós. Esse regime é

definido no § 1º do art. 36, como sendo aquele em que o condenado cumpre a pena fora do estabelecimento, trabalhando, “sem vigilância”, portanto, no seio da comunidade. Essa é a característica essencial do regime.

Acrescente-se a isso que o regime aberto não é deferido a todos os condenados, mas como etapa final da progressão, no cumprimento da pena privativa de liberdade, ou, então, relativamente a condenações mais reduzidas que não exijam um cumprimento de pena em estabelecimento de segurança máxima ou de segurança média. Portanto, apenas alguns dentre os muitos condenados vão se beneficiar do regime em exame.

Como salientou o eminente Ministro-Relator, há várias formas de cumprimento de pena em regime aberto, sendo perfeitamente acessível aos juízes das comarcas, aos administradores dos sistemas penitenciários estaduais, encon-

trarem solução adequada, dentro de suas limitações, seja destinando local separado da cadeia pública ou da penitenciária, como ocorre em alguns Estados, seja construindo ou desapropriando imóveis para o fim de ali se instalarem as denominadas casas de albergados.”

Assim, tendo sido destinado local, que, mesmo não sendo ideal, procura atender a situações de emergência, não cabe a substituição da prisão albergue em domiciliar, que tem sido deferida ante a absoluta ausência de local adequado.

Indefiro a ordem.

Proponho, entretanto, que se recomende ao Juízo de Execução Penal do Estado promover gestão junto ao Departamento do Sistema Penal do Estado, para que seja feita a separação dos condenados em regime aberto dos que se encontram em regime semi-aberto.

É o voto.

---

### HABEAS CORPUS Nº 2.811-2 — SP

(Registro nº 94.0025692-2)

Relator: *O Sr. Ministro Edson Vidigal*

Impetrante: *Gilmar Gomes*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Paciente: *Gilmar Gomes (preso)*

**EMENTA:** *Penal. Processual. Regime prisional. Constrangimento ilegal. Habeas corpus ex officio.*

1. **Suspensão o benefício da prisão aberta deve o sentenciado retornar ao regime semi-aberto e não ao fechado. Constrangimento ilegal configurado.**

2. **Habeas corpus não conhecido; remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.**

## 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, não conhecer do pedido e determinar a baixa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, José Dantas e Assis Toledo. Ausente, justificadamente, o Ministro Cid Flaquer Scartezini.

Brasília, 26 de outubro de 1994 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro EDSON VIDIGAL, Relator.

---

Publicado no DJ de 21-11-94.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Da Penitenciária Regional da Comarca de Avaré, São Paulo, onde cumpre pena, Gilmar Gomes impetra em seu favor **habeas corpus** atacando decisão do Tribunal de Justiça do Estado que, em decorrência de agravo interposto pelo Ministério Público, suspendeu o regime aberto

que lhe havia sido concedido pelo Juiz da Execução.

O pedido é para restabelecer o regime semi-aberto em que se achava antes da concessão do regime aberto, agora suspenso. O constrangimento ilegal, segundo alega, data de mais de um (01) ano, desde o cumprimento do mandado de prisão em razão do Acórdão, pois fora recolhido em regime fechado, sem justa causa, e, sem qualquer amparo legal para sua permanência nesse regime carcerário.

O Ministério Público Federal, nesta instância, opina pela concessão da ordem **ex officio** para restabelecer a sua imediata prisão no regime semi-aberto.

Relatei.

## VOTO

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL (Relator): Senhor Presidente, entendo que há realmente constrangimento ilegal a reparar. Conforme anota, com razão, o Ministério Público Federal, “verifica-se da petição do agravo acostada às fls. 23/24 que o recurso do Ministério Público (estadual) buscou a reforma da decisão do Juiz da execução que concedeu ao

agravado, ora paciente, a progressão para o regime aberto e, para que ele fosse mantido no regime semi-aberto em que se encontrava. E, outra não foi a determinação do Tribunal **a quo**, que nessa conformidade, deu provimento ao recurso.

“Pelo que se colhe das informações de fls. 12/13, datado de 28/09/94 o impetrante-paciente foi recolhido, primeiramente, na cadeia pública de Piracicaba-SP. Posteriormente, foi removido para Penitenciária Regional de Avaré-SP, onde se encontra atualmente.

“Não obstante a decisão do Tribunal **a quo**, o Juiz das Execuções Cri-

minais da Comarca de Piracicaba ao remover o impetrante-paciente para a Penitenciária de Avaré fez constar no ofício de fls. 16, como sendo o seu regime o prisional fechado, o que não corresponde ao decidido pelo Tribunal **a quo**”.

O constrangimento ilegal, conforme se constata decorre do ofício do Juiz das Execuções Criminais de Piracicaba. Mas como S. Exa. não está subordinado diretamente à nossa jurisdição e para que não se suprima instância não conheço da impetração e determino a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

É o voto.

---

**HABEAS CORPUS Nº 3.193-8 — MG**

(Registro nº 95.0000277-9)

Relator: *O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Odilon Pereira de Souza*

Impetrado: *Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais*

Paciente: *Geraldo de Oliveira Magalhães Filho*

**EMENTA: HC — Lei de Tóxicos (L. 6.368/76) — Decisão não fundamentada — Apelo em liberdade — Art. 2º, § 2º da Lei 8.072/90 — Concessão da ordem.**

— As decisões calcadas em condenação por tráfico de drogas (Lei 6.368/76, sejam ou não concessivas da liberdade para o exercício do apelo, devem ser fundamentadas.

— In casu, não apresentando a sentença tal fundamentação, é de conceder-se ao réu o benefício do direito de, em liberdade, poder dela apelar, mormente quando reconhecido, pelo sentenciante, seus bons antecedentes, sua primariedade, e mais considerando a cir-

**cunstância de haver comparecido a todos os atos processuais quando em liberdade, e nesta condição se encontrava na ocasião do julgamento.**

**— Ordem concedida para que o réu obtenha o direito pleiteado e nesta condição possa exercer seu direito ao apelo.**

## 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, conceder a ordem, nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 22 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

---

Publicado no DJ de 10-04-95.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Em favor de Geraldo de Oliveira Magalhães Filho, condenado a quatro anos de reclusão, além de multa, por infração ao artigo 12 da Lei 6.368/76, impetra-se ordem de **habeas corpus** originário, em substituição ao recurso ordinário constitucional, sob a alegação de falta de fundamentação da sentença no tocante ao direito do paciente de apelar em liberdade, permitido no § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90.

Entende que o seu direito advém de ter residência fixa, atividade lícita, ter comparecido a todos os atos processuais, não havendo indícios que vá se evadir do distrito da culpa pois é estabelecido comercialmente e tem sua filha matriculada em estabelecimento escolar; e mais, que a falta de fundamentação para que se recolha como medida coercitiva para que possa apelar, não pode decorrer de mera presunção legal face ao disposto no artigo 5º, LXI, da CF, devendo ser devidamente fundamentada.

A Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais denegou a ordem e, solicitadas as informações, a autoridade coatora, sem tecer qualquer comentário sob as alegações do paciente, fez juntar cópias do v. acórdão denegatório, das informações da Magistrada prolatora da sentença condenatória e do parecer favorável da Procuradoria de Justiça, na primeira impetração.

Nesta Superior Instância, a doutra Subprocuradoria Geral da República opina pelo deferimento parcial do pedido para que o julgador se pronuncie sobre a permissibilidade ou negativa do apelo em liberdade.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, conforme visto, o v. acórdão foi taxativo ao entender que ao caso se aplicaria, tão-somente, a regra do art. 35 da Lei 6.368/76, e não o § 2º, do art. 2º da Lei 8.072/90, que só se aplica para os casos de permissibilidade do apelo em liberdade e não, quando contrário.

Já a douta Subprocuradoria Geral da República entende que a Lei 8.072/90 veio revogar parcialmente o art. 35 da Lei de Tóxicos, “ao permitir a concessão do benefício de apelar em liberdade, mediante despacho fundamentado”, e sendo assim, a decisão condenatória deve explicitar, fundamentadamente, se o réu poderá ou não apelar em liberdade e, já que isso não consta da sentença, é pelo provimento parcial do recurso para que, baixando os autos, o julgador se pronuncie sobre este ponto.

Cabe aqui uma pequena digressão a respeito do entendimento que tinha sobre a matéria e a que esposo hoje.

Na vigência da Lei 6.368/76, por força do seu artigo 35, entendia que não era possível, sob nenhuma hipótese, permitir-se ao julgador admitir o recurso de apelação, sem a determinação do recolhimento dos condenados por crimes de tráfico de entorpecentes, à prisão. E assim o fazia, calcado na iterativa jurisprudência deste E. Superior Tribunal, como é sabido.

Mais tarde, com o advento da Lei 8.072/90, que dispõe sobre os “crimes hediondos”, houve uma certa tolerância, ao permitir ao julgador a concessão do benefício do réu apelar em liberdade, sob certas condições, ou seja, mediante despacho fundamentado. Isto por força do § 2º do art. 2º da citada Lei. Então, entendi a existência de uma obrigatoriedade de o julgador fundamentar quando permitir o apelo em liberdade e, quando não, ficaria valendo a regra do art. 35 da Lei 6.368/76, que dispensava tal fundamentação.

Hoje, conforme orientação firmada pela E. Corte, as decisões calçadas em condenações por tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368/76), sejam ou não concessivas da liberdade para o exercício do apelo, devem ser fundamentadas.

É o que estatui o art. 93, IX, da Constituição Federal.

No caso dos autos (fls. 155), a MM. Juíza sentenciante apenas afirmou que o réu não poderia apelar em liberdade, sem qualquer fundamentação a respeito da negativa.

Está visto, na própria sentença, que foi dito do réu, ter ele bons antecedentes, que demonstra bom comportamento; e mais, compareceu a todos os atos do processo, inclusive à audiência de instrução e julgamento, além de comparecer também, à oitiva da testemunha ouvida por Precatória, em Comarca vizinha da que se processava o feito, cf. fls. 81 e 120, o que contraria frontalmente o que está afirmado na cópia do v. acórdão juntado às fls. 184/188, de

que, **verbis**: "... quando concedi a ordem de **habeas corpus** anterior, nº 34.831-8, por falta de suficiente motivação, porque presentes, no caso, razões substanciais que recomendariam a imposição de medida excepcional da cautelar preventiva — o acusado foi colocado em liberdade e, imediatamente, fechou o bar de sua propriedade e fugiu do distrito da culpa para lugar incerto e não sabido e até o momento não se tem notícias suas, como frisou o Magistrado de primeiro grau." (Rel. Des. Odilon Ferreira).

Desta forma, tendo o réu bons antecedentes, sem antecedentes criminais, sido processado solto, e nesta condição permanece até a presente data e, não havendo na r. sentença qualquer justificativa devidamente fundamentada para que se recolha à prisão para poder apelar, como era de obrigação fazê-lo, o Magistrado sentenciante, meu voto, nas circunstâncias do caso, é para conceder a ordem para permitir-lhe exercitar seu direito ao recurso de apelação na condição em que se encontra, isto é, solto.

É como voto.

---

### HABEAS CORPUS Nº 3.210-1 — PE

(Registro nº 95.0002058-0)

Relator: *O Sr. Ministro Anselmo Santiago*

Impetrante: *Gilberto Marques Leal*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*

Paciente: *Gilvan Lourenço da Silva (preso)*

**EMENTA: Processual Penal — Habeas corpus — Roubo duplamente qualificado — Réu preso — Apelação em liberdade.**

**1. Pretensão de apelar em liberdade. Se não houve qualquer decisão negando o pedido, que sequer chegou a ser formulado pelo réu nas instâncias de 1º e 2º graus, descabe a alegação de constrangimento ilegal.**

**2. Ordem denegada.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos vo-

tos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem de **habeas corpus**. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Vicente Leal, Luiz Vicente Cernicchiaro e Adhemar Maciel.

Brasília, 21 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICHIARO, Presidente. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Relator.

---

Publicado no DJ de 08-05-95.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO: Em favor de Gilvan Lourenço da Silva impetrou-se **habeas corpus** ao Supremo Tribunal Federal, de onde vieram os autos por força do despacho exarado pelo Min. Octávio Gallotti, às fls. 16.

Aponta-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, por ter denegado **habeas corpus** ali impetrado em prol do paciente, sob alegação de constrangimento ilegal decorrente de excesso de prazo na instrução do processo a que responde na Comarca de Jaboatão, por infração ao art. 157, § 2º, itens I e II, do Código Penal, crime esse pelo qual veio ele a ser preso em flagrante, em 06 de março de 1994, e recolhido ao Presídio Prof. Aníbal Bruno, onde permanece custodiado.

Alega-se que a decisão em foco foi influenciada pela sentença condenatória de primeiro grau, sem que da mesma fossem intimados o paciente e seu defensor, como determina o art. 392 do Código de Processo Penal.

Afinal, pede o impetrante a concessão da ordem para que, em liber-

dade, possa o paciente tomar ciência da sentença e da mesma apelar, já que se trata de réu primário, de bons antecedentes, ter residência fixa e profissão definida.

O Ministério Público Federal opina pela denegação do *writ*.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ANSELMO SANTIAGO (Relator): Foram estas as informações prestadas pelo ilustre Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

“O paciente encontra-se recolhido ao Presídio Prof. Aníbal Bruno, nesta capital, por força de autuação em flagrante contra ele lavrada, como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, corroborada por sentença condenatória contra ele proferida, no respectivo processo, no dia 12 de dezembro último.

Havia ele impetrado uma ordem de **habeas corpus** junto às câmaras criminais deste Tribunal, anteriormente à sentença mencionada, alegando excesso de prazo na conclusão do procedimento penal contra ele instaurado.

Ocorre que, então, já se achava concluída a instrução do feito, restando apenas a prolatação da sentença, que não havia sido proferida ainda, por ocasião do pedido de informações ao Magistrado suma-

riante, quando da tramitação do pleito liberatório.

Prestadas, todavia, tais informações e antes que se realizasse a sessão de julgamento do pedido de **habeas corpus**, foi prolatada a sentença, na qual foi o paciente condenado como incurso nas penas em que o enquadrara a peça acusatória inicial.

Foi-lhe denegada, então, a ordem impetrada, continuando ele recolhido à prisão em que já se encontrava, a esta altura, por força de decreto condenatório mencionado.

Esta, Sr. Ministro, é a situação processual do paciente.” (fls. 25/26).

Pretende o impetrante a liberdade do paciente para apelar, sob alegação de ser ele primário, de bons antecedentes, com residência fixa e profissão definida.

A meu sentir, não há como acolher-se a pretensão.

Realmente, como se vê das informações, o Tribunal não negou ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento da apelação, isto porque nenhum pedido nesse sentido lhe foi formulado.

Sendo impossível suprimir-se uma instância, ainda mais quando não há prova da interposição do recurso de apelação, nego o **habeas corpus**.

É o meu voto.

---

### HABEAS CORPUS Nº 3.226-8 — PI

(Registro nº 95.0002561-2)

Relator: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Impetrante: *Antônio Roberto Barbosa*

Impetrado: *Tribunal de Justiça do Estado de Piauí*

Paciente: *Francisco Ferreira dos Santos*

**EMENTA: HC — Anulação do processo após julgamento pelo Conselho de Sentença — Desclassificação para crime com pena mais branda — Benefício para o réu — Alegação de dosimetria da pena errônea — Impossibilidade de apreciação.**

— Independente de se reconhecer a impossibilidade de o magistrado haver anulado o processo após julgamento proferido pelo Conselho de Sentença, para desclassificar o crime do art. 157, § 3º para o art. 121, caput, ambos do CP, é de manter-se a irregularidade quando esta foi benéfica ao réu, pelo abrandamento da pena.

— **Impossibilidade de apreciação da dosimetria da pena, quando a questão não foi ventilada na instância a quo.**

— **Recurso parcialmente conhecido e, no mérito, improvido.**

## 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, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, o indeferir. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Assis Toledo, Edson Vidigal, Jesus Costa Lima e José Dantas.

Brasília, 20 de março de 1995 (data do julgamento).

Ministro JESUS COSTA LIMA, Presidente. Ministro FLAQUER SCARTEZZINI, Relator.

---

Publicado no DJ de 10-04-95.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Trata-se de **habeas corpus** originário, substitutivo de recurso próprio não interposto, contra o v. acórdão da E. Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Piauí que denegou ordem pleiteada em favor de Francisco Ferreira dos Santos.

Consta dos autos que o paciente, por incorrer nas sanções do art. 157, § 3º, do Código Penal, veio a ser condenado pelo Juízo da 1ª Vara Cri-

iminal da Comarca de Picos/PI à pena de vinte anos de reclusão.

Tendo o mesmo Juiz prolator da sentença verificado defeito de citação, anulou o processo **ab initio** e, reiniciando novo procedimento penal, desclassificou a tipificação constante na denúncia para homicídio simples — art. 121, **caput**, do CP —, determinando seu julgamento pelo Tribunal do Júri, que o condenou a dez anos de reclusão, restando, a sentença, transitada em julgado.

Conforme diz o impetrante do **habeas corpus** perante o E. Tribunal **a quo**, o processo está eivado de nulidades absolutas, por falta do princípio do contraditório à ampla defesa e outras nulidades especificadas como denúncia inepta, vício de citação, edital de citação, indevida anulação do primeiro processo, sentença nula, condenação dupla do paciente pelo mesmo delito, procurando, com isso, anular **ab initio**, o processo.

A E. Corte denegou a ordem, o que ensejou o presente feito, em moldes de recurso, onde renova a pretensão primeira e acrescenta a falta de fundamentação da sentença no tocante à fixação da pena.

Subiram os autos e mereceram da douta Subprocuradoria Geral da República parecer no sentido do conhecimento parcial, posto que a questão

da dosimetria da pena não foi apreciada na instância **a quo** e, no mérito, pelo improvemento.

É o relatório.

### VOTO

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, com razão o *writ* merece parcial conhecimento, pois a falta de fundamentação na fixação da pena, aplicada acima do mínimo legal não foi ventilada quando da interposição primeira, subtraindo-se, assim, à apreciação do E. Tribunal de Justiça local. Ademais, não existe nos autos, cópia da prefalada sentença, o que nos impede de examinar a questão, caso fosse conceder a ordem, de ofício.

No tocante às nulidades, o v. acórdão bem interpretou a questão e demonstrou que inexistente qualquer coação ilícita ou constrangimento contra o paciente, ao afirmar, **verbis**:

“Conforme substancialmente ficou provado nos autos, se alinha nenhuma nulidade nos autos capaz de ilidir a eficácia da sentença condenatória e não se diga da existência de dois processos válidos, já que o primeiro sofreu uma degradação pela coexistência de nulidade ou eiva reconhecida a destempe pelo MM. Juiz de Direito, entretanto, não pode disso o réu, ora paciente, se beneficiar sob a alegação da existência de dois processos e duas condenações.

É óbvio, que não poderia o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Picos, anular o processo desde a citação do réu, já depois de transcurso todos os prazos e procedimentos judiciais, inclusive decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri e da própria sentença já passada em julgado, pela existência de eiva após o recebimento da denúncia, assim procedido, subtraiu o Magistrado a Instância Superior e a competente, para reconhecer a nulidade ou nulidades existenciais depois da decisão definitiva do presidente do Tribunal do Júri.

Todavia, a irregularidade procedimental somente beneficiou o paciente, que não exercitou nenhuma ação ou mesmo qualquer ato para que a nulidade fosse reconhecida em seu favor. E, ainda mais, uma vez que as partes antagonicas não contestaram a atitude do magistrado sobre a nulificação dos atos processuais, inclusive da sentença, não há razão jurídica do paciente agora descontar-se do novo procedimento aplicado pelo Juiz, corrigindo prováveis erros judiciais, quando ele foi o único favorecido, sem nenhuma contestação.”

Com razão o v. acórdão e não merece qualquer reparo, razão por que, conheço parcialmente do presente feito, por exceção da parte referente à dosimetria da pena que não ventilada na instância **a quo**, e da parte que conheço, lhe nego provimento, conforme exposto.

É como voto.

**HABEAS CORPUS** Nº 3.294-2 — SP

(Registro nº 95.0009389-8)

Relator: *O Sr. Ministro Adhemar Maciel*

Impetrante: *Aristides Oliveri*

Advogada: *Dra. Flávia Cherto Carvalhães Gouveia*

Impetrado: *Oitava Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo*

Paciente: *Aristides Oliveri*

**EMENTA:** *Processual Penal. Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Alienação fiduciária em garantia. A Lei de Mercado de Capitais, alterada pelo Decreto-lei nº 911/69, equiparou o devedor fiduciante ao depositário infiel tradicional (CC, art. 1.265) só para ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Violação do inciso LXVII do art. 5º da Constituição, que alterou cláusula constitucional anterior (art. 153, § 17), e do art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/91. Ordem concedida.*

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Votaram de acordo os Srs. Ministros Anselmo Santiago, Vicente Leal e Luiz Vicente Cernicchiaro.

Brasília, 04 de abril de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro ADHEMAR MACIEL, Relator.

Publicado no DJ de 18-09-95.

**RELATÓRIO**

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Aristides Oliveri, através da Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo, ajuizou a presente medida cautelar, objetivando **in limine** a concessão de efeito suspensivo ao recurso ordinário em **habeas corpus** interposto perante o Primeiro TACISP.

2. O ora suplicante sustenta que o Consórcio Nacional Honda Ltda.

ajuizou ação de conversão de busca e apreensão em depósito, em seu desfavor, com fundamento no art. 4º do Decreto-lei nº 911/69, em razão da existência de contrato de alienação fiduciária entre as partes.

Quando da execução da sentença, prossegue, foi citado para entregar o bem (uma motocicleta) ou depositar a quantia equivalente em dinheiro, sob pena de prisão. Sem condições de arcar com a quantia apurada em liquidação, requereu o parcelamento do **quantum** devido, excluindo do compromisso o mínimo necessário para sustento próprio e da família. O pedido foi recebido como agravo de instrumento.

Foi, então, impetrado **habeas corpus** perante o TACISP, visando à expedição do salvo-conduto.

A Oitava Câmara do 1º TACISP, por maioria de votos, entretanto, denegou a ordem. Rechaçou a tese da inconstitucionalidade do art. 4º do Decreto-lei nº 911/69, que equipara o devedor ao depositário infiel, no caso de alienação fiduciária, sujeitando-o à prisão.

Dessa forma, conclui, inobstante tenha interposto o recurso ordinário, como não lhe é conferido o efeito suspensivo, persiste o perigo do cumprimento da ordem de prisão.

3. Determinei fosse a medida cautelar autuada como **habeas corpus**, pois em jogo estava o **status libertatis** do então autor, ora paciente. Concedi a liminar.

4. As informações foram prestadas pelo presidente do Primeiro Tri-

bunal de Alçada Cível de São Paulo, Juiz Paulo Bonito Jr. O paciente, após julgada procedente a ação de depósito, foi condenado a devolver o bem, ou seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão. Depois do trânsito em julgado, o devedor foi intimado da execução. Não existe na Secretaria do TACISP registro de agravo de instrumento. O recurso ordinário foi interposto em 30/01/95 e se acha em fase de processamento.

5. Às fls. 64/68 se acha o parecer do Ministério Público Federal, firmado pelo eminente Subprocurador-Geral da República, Ribeiro de Bonis. A ordem deve ser concedida. A Constituição de 88, em seu art. 5º, inc. LXVII, não repetiu a cláusula “na forma da lei” do § 17 do art. 153 da Carta de 69. Logo, não tem como prevalecer o entendimento jurisprudencial anterior, cristalizado sob a vigência da ordem constitucional caduca. O voto vencido — finalizou o douto parecerista — é que enfocou com acerto a questão. O contrato de alienação fiduciária em garantia não é, na realidade, contrato de depósito.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL (Relator): Senhor Presidente, já se acha assentado nesta Turma que a prisão civil por dívida fiduciária padece de inconstitucionalidade.

Senhor Presidente, como sabe V. Exa. a questão da prisão civil do devedor fiduciante é controvertida na

doutrina e na jurisprudência. No nosso próprio Superior Tribunal de Justiça, as decisões não se harmonizam:

*“Recurso em habeas corpus. Depositário infiel. Prisão civil. Legalidade.*

— Não se constitui em ilegalidade, o ato de prisão civil de depositário tido por infiel quando respeitados os ditames legais (arts. 902, parágrafo 1º, e 904, do C.P.C.).

— A alegação de furto de veículo, objeto da ação de depósito, como subterfúgio para a não entrega do bem alienado não prevalece ante o trânsito em julgado da sentença que julgou procedente a ação.

— Recurso a que se nega provimento” (RHC nº 3.306-SP, rel. Min. Flaquer Scartezzini, DJU de 21/03/94, pág. 5.494).

*“Alienação fiduciária. Depositário infiel. Prisão civil. Possibilidade e legitimidade.*

A atual ressalva constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII) não diverge da constante do texto anterior (art. 157, parágrafo 17, da Constituição de 67), razão pela qual houve recepção da legislação ordinária que rege a matéria (art. 66 da Lei nº 47.248/65, na redação que lhe deu o art. 1º do Decreto-lei 911/69), segundo a qual a alienação fiduciária transforma o alienante ou devedor “em possuidor direto e depositário com todas as respon-

sabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”. Legítima, pois, nos termos da jurisprudência precedente, a decretação da prisão civil do devedor-fiduciante que, injustificadamente, descumpra mandado judicial para entregar a coisa ou o seu equivalente em dinheiro”. (RHC nº 2.740, rel. Min. Assis Toledo, DJU de 28/06/93, pág. 12.899).

*“Alienação fiduciária em garantia. Bens não adquiridos com o produto do financiamento.*

A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto do financiamento. Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial a natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do artigo 5º, LXVII, da Constituição Federal, que pertine tão-somente ao depósitos clássicos, previstos no Código Civil, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral.

Recurso especial conhecido e provido em parte, com exclusão da cominação de prisão civil” (REsp nº 7.943, rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 10/06/91, pág. 7.854, transcrito pela Subprocuradoria Geral da República em seu parecer de fl. 59).

Do STF, transcrevo ementa do Min. Néri da Silveira, publicada no

DJU de 20/05/94. A votação se fez por maioria:

**“Habeas corpus. Prisão civil. Depositário infiel. Ação de depósito com julgamento definitivo. Réu intimado pessoalmente para pagar o quanto devido ou devolver o bem. Alienação fiduciária em garantia. Decreto-lei nº 911/1969, que altera o art. 66 da Lei nº 4.728, de 01/07/1965. Constituição, art. 5º, LXVII.**

Não há constrangimento ilegal ou ofensa à Constituição no decreto de custódia, após decisão definitiva da ação de depósito, com a não devolução do bem, nem o pagamento do valor correspondente, pelo paciente, configurando-se a situação de depositário infiel, prevista no art. 5º, LXVII, da Constituição de 1988. **Habeas corpus** indeferido.” (HC nº 70.625-SP, DJU de 20/05/94, pág. 12.248).

Na doutrina colhi alguns excertos:

**Manoel Gonçalves Ferreira Filho**, em parecer solicitado pela Febraban, publicado na “Revista Jurídica” 200/52, chega à conclusão de que “se coaduna perfeitamente com a Constituição (art. 5º, LXVII) a possibilidade da prisão civil, como depositário infiel, do alienante fiduciário, nos termos do art. 1.287 do CC e do art. 904, parágrafo único, do CPC”.

**Nestor José Forster** também entende que o depositário do Decre-

to-lei nº 911/69 não é, no fundo, diferente daquele que já existia anteriormente. Diz ele:

“A regra constitucional geral é de que não haveria prisão civil por dívida, multa ou custas. Estaria a Constituição sendo violada pelo fato de o decreto-lei disciplinador da alienação fiduciária prever prisão para o depositário infiel? A despeito de autorizadas vozes que propugnam pela afirmativa, não pensamos assim. Na realidade, a hipótese do depositário infiel configurada na alienação fiduciária em garantia, é a mesma do Código Civil e do Código de Processo Civil, não podendo configurar-se no caso, instituto jurídico alheio àqueles diplomas legais. Assim sendo, caímos exatamente nas permissões constitucionais para prisão civil, que são aquelas duas: depósito infiel da alienação e inadimplemento de obrigação alimentar. O depositário infiel da alienação fiduciária é o mesmo do Código Civil, apenas com incidência em outro campo. Não há, portanto, novo caso de prisão civil, nem prisão por dívida. Há, apenas, prisão por depósito infiel, o que em nada conflita com o texto constitucional” (“Alienação Fiduciária em Garantia”, Livraria Sulina Ed., 2ª ed.; pág. 138).

**Álvaro Vilaça Azevedo**, por seu turno, defende a tese de que não existe “depositário infiel na alienação fiduciária em garantia”:

“Se, como visto, malgrado a alienação do bem fiduciado, pelo fiduciante ao fiduciário, e ainda que seja considerado possuidor indireto e titular de propriedade resolúvel, não pode o mesmo fiduciário-credor ser privado, pela mesma lei, de ficar com o bem fiduciado, em caso de inadimplemento do devedor.

“A condição primordial de qualquer proprietário é de possuidor o pleno poder sobre o seu objeto (**plena in re potestas**).

“Ora, a alienação, ainda que fiduciária e ainda que criando propriedade resolúvel, implica a idéia de ser proprietário o credor-fiduciário.” (“Ilegalidade da prisão civil por dívida, na alienação fiduciária em garantia”, artigo doutrinário publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, nº 23, pág. 461).

**José Paulo Cavalcanti** (“O Penhor Chamado Alienação Fiduciária, Recife, 1989, págs. 9 e segs.) é incisivo:

“Em conseqüência, na chamada alienação fiduciária em garantia na verdade o credor nem é proprietário antes do inadimplemento do devedor, nem pode tornar-se proprietário depois desse inadimplemento”. Chega à conclusão de que se trata de um autêntico penhor sem tradição da coisa (pág. 17).

O Juiz Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, do TARS, em artigo doutri-

nário, publicado na Revista Jurídica (jan. 92), faz o seguinte enunciação:

“A partir da vigência da Constituição de 1988 não mais se viabiliza a prisão civil do alienante fiduciário (**sic**), porque depositário não é, restringindo-se o meio coercitivo às hipóteses estritas de depósito, conforme se infere da consagração dada ao princípio da vedação de prisão civil por dívida pelo art. 5º, LXVII”.

O Min. Ruy Rosado de Aguiar, em voto vencido, assim se manifestou sobre o tema:

“A inserção das leis no ordenamento jurídico pode evidenciar alguma dificuldade na compatibilização das novas normas com o sistema vigente, especialmente quando a novidade bate de frente com antigos institutos, estruturadores do sistema.

“É o que acontece com a lei sobre a alienação fiduciária, cujo objetivo evidente foi o de reforçar as garantias do credor, inclusive com a possibilidade de o devedor ser recolhido à prisão por até um ano. Constituindo-se as nossas casas prisionais, no dizer de ex-Ministro da Justiça, ‘verdadeiras sucursais do inferno’, pode-se bem medir a gravidade da ameaça que pesa sobre o pequeno comerciante, a dona de casa que compra uma geladeira, o agricultor de cinco hectares, inadimplementes por qualquer razão, que são os que real-

mente sofrem essa espécie de sanção, exatamente por serem pequenos. Na realização do seu intuito, o legislador da alienação fiduciária optou por transformar o credor em proprietário do bem dado em garantia, e o devedor, em depositário, quando, na verdade, não há nem propriedade, nem depósito.

“Não é proprietário aquele que, ao retomar a posse do bem, através de ação de busca e apreensão, não pode ficar com a coisa para si, estando obrigado a vendê-la a terceiros, cujo preço assim obtido também não é seu senão na medida do seu crédito (porque ele sempre apenas foi um credor), devendo repassar o saldo ao devedor, que o recebe apenas por ser o proprietário. Não sendo o credor proprietário, não poderia ele ter dado a coisa em depósito.

“Ainda que o fosse, o contrato de depósito também não se constituiu porque a obrigação do depositário, que é a de restituir a coisa, igualmente não existe, pois o pagamento do débito elimina a hipótese de restituição” (REsp nº 54.618-4-RS).

Senhor Presidente, procurei, ainda que rapidamente, dar uma olhada no instituto da prisão civil em nossas Constituições e Cartas Políticas. As Cartas de 1824 e 1937, bem como a Constituição de 1891, não inseriram a proibição da prisão civil no rol dos direitos fundamentais. A Constituição de 1934, em seu art. 113, inc. 30, foi abrangente:

“Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

A Constituição de 1946, por sua vez, foi mais parcimoniosa:

“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei” (art. 141, parág. 32).

As Cartas de 1967 e 1969 alteraram apenas a redação:

“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel, ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei” (art. 150, parág. 17, e art. 153, parág. 17, respectivamente).

A Constituição de 1988 tem a seguinte redação no art. 5º, inc. LXVII:

“— não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Como se vê, Senhor Presidente, a nova Constituição suprimiu a expressão “na forma da lei” dos Estatutos Políticos anteriores. Alguns autores e juízes vêem nisso um motivo para afiançar que a nova Constituição não teria recepcionado o art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, alterado pelo Decreto-lei nº 911/69. Na

realidade, essa argumentação não tem consistência jurídica, pois cabe sempre à lei ordinária regulamentar qualquer dispositivo constitucional, ainda que ele seja *self executing*.

Melhor pensando, vou colocar-me ao lado da corrente minoritária, que entende que o “depositário infiel” só pode ser aquele do “contrato de depósito” tradicional (CC, art. 1.265) que se torna voluntariamente inadimplente. Ora, no caso da alienação fiduciária em garantia não se tem um contrato de depósito genuíno. O devedor fiduciante não está na situação jurídica de depositário. O credor fiduciário não tem o direito de exigir dele, a seu bel-prazer, a entrega do bem. Aliás, tecnicamente nem mesmo de “proprietário” o credor fiduciário pode ser rotulado, pois nem sequer pode ficar com a coisa. Só com o produto de sua venda, com a dedução daquilo que o devedor já lhe

pagou. Também transfigurado ficou a milenar regra do **res perit domino suo**, que remonta ao Código de Hamurábi, pois na alienação fiduciária em garantia se a coisa perecer sem culpa do devedor, o prejuízo é dele, e não do credor.

Na realidade, o que a legislação ordinária (LMC e DL 911/69) fez foi uma “equiparação” daquilo que não pode ser equiparado só para, no fundo, ensejar a cobrança de dívida mediante ameaça de prisão. Pôs um rótulo em frasco com conteúdo diverso.

Por fim, é bom notar que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226/91, veda em seu art. 11 a prisão “por não cumprir com uma obrigação contratual”.

Com essas considerações, concedo a ordem.

É como voto.

---

### HABEAS CORPUS Nº 3.356-6 — RJ

(Registro nº 95.0014506-5)

Relator: *O Sr. Ministro Vicente Leal*

Impetrantes: *Eduardo de Vilhena Toledo e outros*

Impetrado: *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*

Paciente: *Luiz Felipe da Conceição Rodrigues (preso)*

**EMENTA: Processual Penal. Prisão preventiva. Fundamentação insuficiente. Constrangimento ilegal. Habeas corpus. CPP, art. 315; CF, art. 93, IX. Crime de sonegação fiscal. Alegação de garantia da ordem pública. Improriedade.**

— A prisão preventiva, medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, concebida com cautela, face ao princípio constitucional da inocência presumida, deve fundar-se em razões objetivas, indicativas de atos concretos susceptíveis de prejuízo à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal (CPP, art. 315; CF, art. 93, IX).

— Consubstancia constrangimento ilegal, susceptível de ataque por via de habeas corpus, a ordem de custódia preventiva, sem fundamentos suficientes que demonstrem, de modo objetivo, a presença de uma das circunstâncias inscritas no art. 312 do CPP, sendo inaproveitáveis e desvaliosas as razões lançadas em despacho posterior quando já efetivada a medida constritiva (RHC 56.900-RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, in RTJ 89/451).

— Tratando-se de crime de sonegação fiscal, a mera suposição de que a liberdade do acusado acarretará risco à ordem pública deve vir acompanhada da exposição de fatos concretos autorizados da prisão preventiva, mesmo porque a sonegação, pela sua própria natureza, não se inclui no elenco dos denominados crimes de ação violenta.

— Precedente do STJ.

— Evidenciado que o decreto de prisão preventiva não explicitou os requisitos autorizadores da medida constritiva, impõe-se a concessão da liberdade provisória, não sendo a ausência de fundamentação suprida por decisão posterior ao *primarium decusum*.

— Precedente do STF.

— Ordem concedida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem de **habeas corpus**, na conformidade dos votos e notas taquígráficas a seguir. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Luiz Vicente Cernicchiaro, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago.

Brasília, 09 de maio de 1995 (data do julgamento).

Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, Presidente. Ministro VICENTE LEAL, Relator.

---

Publicado no DJ de 11-09-95.

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado em favor de Luiz Felipe da Conceição Rodrigues, português, comer-

ciante, residente na cidade do Rio de Janeiro, no qual se ataca acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, denegatório de **habeas corpus** requerido contra decreto de prisão preventiva.

No *writ* original, alega-se que a decisão que ordenou a custódia provisória é desprovida de fundamentos suficientes, limitando-se a invocar o poder geral de cautela para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal.

No julgamento do **habeas corpus** pelo Tribunal Regional Federal, o ilustre Relator, reconhecendo a pobreza de fundamentos do decreto de prisão preventiva, anotou que a segunda decisão, mantenedora da ordem de custódia, alinhou razões justificadoras da medida.

Sustentam os impetrantes do presente *writ*, em essência, que: (a) a decisão atacada é o decreto de prisão preventiva, porque desprovido de fundamento, sendo desvaliosas as razões alinhadas em decisão posterior, quando se indeferiu pedido da defesa; (b) não tem cabimento invocação do art. 316, do CPP, pois não houve revogação da ordem de prisão preventiva e restabelecimento desta posteriormente; (c) o Supremo Tribunal Federal já proclamou que a falha no despacho de prisão preventiva não é sanável por fundamentação suplementar, depois de haver produzido seus efeitos (RHC 56.900-RJ, Rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 89/451); (d) ao paciente é imputada a prática do crime de sonegação fiscal

que, por sua natureza, não é susceptível de causar ofensa à ordem pública.

A título de informações, a autoridade impetrada encaminha cópia do voto do Relator no qual se proclama que o primeiro decreto de prisão preventiva, sobremodo lacônico, foi substituído por outro, devidamente fundamentado (fls. 81/82).

A douta Subprocuradoria Geral da República, em parecer de fls. 107/110, opina pela denegação da ordem, acentuando que as razões formuladas pelo Ministério Público Federal, inseridas no corpo do decreto de prisão preventiva, conferem ao mesmo fundamentos suficientes para a sua manutenção.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): A pretensão de liberdade provisória veiculada no presente **habeas corpus** merece ser deferida, porquanto a decisão que decretou a prisão preventiva do ora paciente não se encontra suficientemente fundamentada, pois não apresenta os motivos autorizadores da medida constritiva da liberdade.

Com efeito, a prisão preventiva é uma medida extrema que implica sacrifício à liberdade individual, e deve ser concebida com cautela, principalmente agora, quando a nossa Carta Magna inscreveu o princípio da inocência presumida.

É certo que os institutos da prisão preventiva e da provisória subsistem no atual sistema Constitucional, consoante o cânon inscrito no inciso LXI, do art. 5º, da Carta Magna e funda-se em razões de interesse social. Impõe-se sempre a sua decretação quando provada a existência do crime e constatados indícios suficientes da autoria, ocorrer a presença de qualquer dos pressupostos inscritos no art. 312 do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, segurança na aplicação da lei penal.

Todavia, deve o decreto de prisão ser adequadamente fundamentado, não bastando meras referências às circunstâncias justificativas. É mister que o juiz demonstre os elementos condensados no processo, a presença de, pelo menos, uma daquelas circunstâncias arroladas no art. 312 do CPP, consoante exegese extraída do art. 315, daquele diploma legal.

Tal sistemática coaduna-se com os preceitos constitucionais inscritos no inciso IX, do art. 93, c/c o inciso LXI, do art. 5º, ao exigirem fundamentação das decisões constitutivas do **status libertatis**.

Daí porque, carecendo a decisão de fundamentos ensejadores da medida constritiva, configura-se constrangimento ilegal, sanável via **habeas corpus**.

Na hipótese **sub examen**, o ilustre Juiz Federal, ao decretar a prisão preventiva do paciente, não especificou os motivos ensejadores da medida constritiva, fundando-se ape-

nas no fato de que o crime de sonegação fiscal ofenderia a ordem pública, com a presunção de periculosidade do infrator.

Ocorre que tal suposição não autoriza, por si só, a prisão preventiva, salvo se vier acompanhada da exposição fundada em fatos concretos, mormente em se tratando de crime que, por sua própria natureza, não se inclui no elenco dos denominados crimes de ação violenta.

Nesse sentido, cito precedente da Egrégia Quinta Turma, de que foi Relator o ilustre Min. Assis Toledo, condensado na seguinte ementa:

*“Crime de sonegação fiscal. Prisão preventiva como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Necessidade de fundamentação (art. 315 do CPP), com indicação de atos concretos que estariam a pôr em risco a “ordem pública” ou aplicação da lei penal”.*

Tratando-se de sonegação fiscal, que não se inclui entre os denominados crimes de ação violenta, não pode o juiz tomar a própria conduta criminosa e erigi-la em motivo suficiente para a medida cautelar restritiva da liberdade.

Decreto de prisão preventiva pleno de considerações retóricas mas desprovido de fundamentação jurídica. Nulidade” (RHC 3.262-6/RS, in DJ de 28.02.94).

Ressalte-se que a circunstância de haver o Juiz processante, a **poste-**

**riori**, exarado decisão mantenedora do decreto de prisão preventiva já cumprido, não supre a carência de fundamentação do **primarium decisum**, autorizador da medida constritiva da liberdade.

A propósito, cite-se a ementa do RHC nº 56.900-RJ, oriundo do c. Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

“Prisão preventiva. Fundamentação suplementar do despacho.

“O despacho que decreta a prisão preventiva, quando falho, não se considera sanado por fundamentação suplementar, depois de haver produzido efeitos” (RE 70.955, RTJ 59/31). Recurso em **habeas corpus** provido”. (Publ. in RTJ 89/451, rel. Min. Rafael Mayer).

Isto posto, concedo o **habeas corpus**.

É o voto.

#### VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO LUIZ VICENTE CERNICCHIARO: Srs. Ministros, nossa Constituição estabelece, no art. 93, inciso IX, a necessidade de as decisões judiciais serem fundamentadas, sob pena de nulidade.

A prisão cautelar, pela conseqüência, com impacto no exercício do direito à liberdade, é ato jurídico vinculado. Os pressupostos e as circunstâncias devem estar presentes no momento em que é expedido o res-

pectivo decreto, suficientemente esclarecido pelo MM. Juiz. Há jurisprudência desta Turma, e nisso louve-se o trabalho profícuo do Professor Rogério Lauria Tutti, evidenciando ser imprescindível o magistrado mencionar a necessidade do constrangimento ao direito de liberdade.

No caso presente, a leitura feita pelo Eminentíssimo Relator evidencia que o MM. Juiz, de maneira genérica, estabeleceu a sua impressão quanto à necessidade de constrangimento. Todavia, há de se fazer referência que o saneamento — se assim pudesse chamar — posterior, feito ao decreto, é inócuo, uma vez que a decisão judicial sem fundamentação é nula, e sendo nula, insuscetível de ratificação.

Por essas razões, evidenciando não estarem presentes, na fundamentação, a demonstração da necessidade, dos pressupostos e das circunstâncias insertas no art. 312 do Código de Processo Penal, acompanhado o Eminentíssimo Relator, todavia sem que isto venha inibir a expedição de constrição ao exercício de direito de liberdade, a título de prisão cautelar, caso a autoridade judiciária repute necessária.

#### VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Senhor Presidente, ouvi, com atenção, as palavras do ilustre advogado, que invocou a máxima de **Calamandrei** e não a seguiu. Desse modo, também me sinto encorajado

a fazer o mesmo, falando um pouco mais do que habitualmente faço.

Sabe V. Exa., como estudioso que é, que no Século XVIII, com o advento do movimento ideológico denominado “constitucionalismo”, nasceu o Estado de Direito Liberal. As Constituições que se formaram sob essa linha filosófica se preocuparam sobretudo com o “indivíduo em si”. Preocuparam-se em defender e garantir o cidadão contra a prepotência e o arbítrio do poder público. Com o perpassar do tempo, porém, os Estatutos Políticos foram mudando. As Constituições passaram a se preocupar também com os “direitos sociais”, com os “direitos econômicos”. Vejo aqui, por exemplo, na Constituição de 1988, no art. 3º, que um dos alicerces da nossa República Federativa está na construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. Ora, Senhor Presidente, nossos Códigos Penal e de Processo Penal foram feitos há mais de 50 anos, sob outra tônica constitucional. Hoje, a Constituição fornece ao legislador e ao próprio juiz novas diretrizes pedidas do social. Hoje, a Constituição, como disse, tem grande preocupação em tutelar os direitos econômicos, estabelecendo regramentos para a proteção da ordem econômica e financeira. Em outras palavras, sem descurar de declarar e garantir os direitos fundamentais do cidadão — base do Estado democrático —, a Constituição também centra sua atenção normativa na macrocriminalidade. Para a “construção de uma

sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), é mais importante para o Estado resguardar-se contra os crimes lesivos da coletividade como um todo. Assim, penso que a Constituição fornece, com sua linha político-filosófica, nova diretriz para o Judiciário na interpretação de normas velhas. No caso concreto, todavia, ainda que se trate de crime contra a ordem tributária, o juiz não fundamentou a necessidade da custódia preventiva do paciente. Ora, como falou bem V. Exa. — e já se acha assentado nesta Turma — a Constituição, em seu art. 93, inciso IX, exige fundamentação por parte do juiz em sua decisão. Não é suficiente invocar, de modo abstrato, aéreo, os três requisitos do art. 312 do CPP. O primeiro deles — “garantia da ordem pública” —, por sinal, é um tanto “gelatinoso”, não oferecendo um critério seguro. Não se sabe bem o que venha a ser “garantia da ordem pública”. A própria jurisprudência não nos fornece critério orientador.

No caso dos autos, o juiz invoca abstratamente também os dois outros requisitos para a prisão **ad custodiam**: “conveniência da instrução criminal” e “assegurar a aplicação da lei penal”. Fala que o paciente, ao longo de sua vida, logrou acumular um vasto patrimônio e sua vida criminosa se tornou pública, o que seria “uma ameaça à ordem pública”. Ameaça só por isso? Ora, não se acha demonstrado tal requisito para a prisão preventiva, que tem por escopo a garantia do processo. O

mesmo se dá quanto aos outros requisitos, quando o juiz fala que o paciente não se curvará a uma eventual condenação, furtando-se à aplicação da lei penal. Ora, tal fato não se acha razoavelmente demonstrado ou mesmo inferido. Também não vem a pêlo serem os fatos de “extrema gravidade”. A “extrema gravidade” pode interessar na dosimetria da pena, não como motivo de prisão preventiva.

No tocante ao chamado “segundo decreto de prisão”, como o advogado bem ressaltou, não tem como ser considerado, pois se trata de “segunda argumentação”, feita exatamente para coonestar decisão anterior desfundamentada.

Com essas palavras, que já se alongam, acompanho o eminente relator.

Concedo a ordem.

É como voto.