

TESE 64

Proponente: Daniela Skromov de Albuquerque

Área: Criminal

Súmula: Cabe Habeas Corpus para o STJ da decisão do Relator do Tribunal de Justiça que indefere liminar em Habeas Corpus, quando a decisão de origem negar infundadamente ao acusado o direito à liberdade no curso do processo criminal.

**Assunto:**

Direito à liberdade no curso do processo. Presunção de Inocência. Excepcionalidade da prisão cautelar, que não pode servir como instrumento de punição antecipada. Exigência de fundamentação válida nas decisões judiciais. Flexibilização da Súmula 691 do STF pelas Cortes Superiores, em casos de teratologia da decisão atacada.

**Indicação do(s) item(s) específico(s) relacionado(s) às atribuições institucionais da Defensoria Pública:**

A tese ora apresentada está em consonância com as atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo previstas no artigo 5º, incisos III e IX da Lei Complementar 988/06

Artigo 5º - São atribuições institucionais da Defensoria Pública do Estado, dentre outras:

[...]

**III** - representar em juízo os necessitados, na tutela de seus interesses individuais ou coletivos, no âmbito civil ou criminal, perante os órgãos jurisdicionais do Estado e em todas as instâncias, inclusive os Tribunais Superiores;

[...]

**IX** - assegurar aos necessitados, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

**Fundamentação fática e jurídica:**

Em sede constitucional, inúmeros são os dispositivos que garantem a toda pessoa, e especialmente ao acusado num processo criminal, o direito fundamental à liberdade, de forma a deixar claro que a prisão processual é medida excepcionalíssima:

CF art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Na mesma linha de excepcionalidade, o Código de Processo penal dispõe que toda prisão cautelar deve estar subsumida às hipóteses taxativas do artigo 312 do CPP, a saber: a) garantia da ordem pública ou econômica; b) conveniência da instrução criminal; c) segurança na aplicação da lei penal:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Tais requisitos são necessários a toda e qualquer prisão provisória, já que mesmo em caso de prisões em flagrante, a manutenção da custódia cautelar deve estar necessariamente fundada nas três hipóteses legais de prisão preventiva (artigo 310, parágrafo único do CPP), não bastando para tanto a mera existência de indícios de autoria e materialidade do delito:

Art. 310. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato, nas condições do art. 19, I, II e III, do Código Penal, poderá, depois de ouvir o Ministério Público, conceder ao réu liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

Parágrafo único. Igual procedimento será adotado quando o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a inocorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva (arts. 311 e 312).

No entanto, a imensa maioria dos pedidos de liberdade no curso do processo, a chamada "liberdade provisória", ou a prisão para apelar, é denegada em fundamentações outras que não as previstas no CPP. Vejamos as mais comuns na prática da Justiça paulista:

a) Mera explicitação textual dos requisitos previstos no artigo 312 do CPP, sem qualquer base probatória contida nos autos.

b) gravidade em abstrato do delito;

c) conjecturas abstratas de fuga ou presunções de periculosidade e de existência de ligações criminosas;

d) falta de juntada de comprovantes de residência, o que além de não configurar uma das hipóteses da prisão cautelar, afronta o princípio da presunção de inocência e inverte a regra da distribuição do ônus da prova, assim como transforma direitos (à moradia e ao trabalho) em deveres que condicionam o gozo da liberdade.

A prisão processual, medida extrema e excepcional, só é permitida quando os autos contenham provas ou indícios substanciais da ocorrência de uma das hipóteses autorizadas, uma vez que existe mandamento constitucional que determina sejam as decisões judiciais fundamentadas, sob pena de nulidade (CF artigo 93, IX), o que deve ser feito *in concreto*, já que “o que não está nos autos não está no mundo”. Nas palavras do Ministro do STJ Hamilton Carvalhido, a fundamentação:

*[...] “deve ser deduzida em relação necessária com as questões de direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada” (HC 49.644/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2006, DJ 05/02/2007 p. 390).*

A jurisprudência do STF é farta nesse sentido, como revelam os seguintes julgados: HC 93056, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, maioria, DJ 15.05.2009; HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007.

Prosseguindo, constata-se que a imensa maioria dos pedidos infundadamente indeferidos em primeiro grau são referendados em sede liminar nos Habeas Corpus impetrados no Tribunal de Justiça, o que via de regra é feito também sem fundamento idôneo, sendo certo que o tempo médio para o julgamento de mérito desse Habeas Corpus gira em torno de três meses.

Em virtude disso, tais Habeas Corpus, em montante significativo, são julgados no mérito prejudicados, uma vez que a decisão colegiada se dá quando já sobreveio sentença, fazendo com que o réu passe a instrução toda recluso, o que transforma a prisão processual em regra e em pena antecipada, e consubstancia evidente afronta ao direito de liberdade, além de ser a maior causa da superpopulação de presos provisórios no Estado de São Paulo, e de implicar em “trabalho perdido” dos Defensores.

Essas constatações nos levam à necessidade de encontrar meios de acesso tempestivo às Cortes Superiores a fim de tornar a prisão cautelar de fato uma exceção e de fazer valer a garantia constitucional da celeridade processual (CF, artigo 5, inciso LXXVIII).

E a solução para isso é encontrada em inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, os quais revelam que é permitida a flexibilização da Súmula 691 do STF<sup>[1]</sup>.

Isso significa que inúmeros são os deferimentos de liminares em Habeas Corpus impetrados perante o STJ de decisões monocráticas do TJ que simplesmente referendam uma decisão de origem que nega a liberdade no curso do processo sem fundamento válido.

Nesse sentido, são as decisões que seguem:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO STF.

1. Não se admite habeas corpus contra decisão proferida pelo relator da impetração na instância de origem, excetuados os casos de indeferimento de pedido liminar em decisão inquestionavelmente teratológica, despida de qualquer razoabilidade, como se verifica na hipótese.

2. A prisão cautelar, para ser mantida ou decretada, deve atender aos requisitos autorizativos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, os quais deverão ser demonstrados com o cotejo de elementos reais e concretos que indiquem a necessidade da segregação provisória.

3. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o benefício da liberdade provisória, determinando, por consequência, a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso.

(HC 86.415/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2008, DJe 17/03/2008)

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. DIREITO DE APELAR SOLTO. CONHECIMENTO.

1. Sob pena de indevida supressão de instância, diante da ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de Origem, segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra indeferimento de medida

liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (Súmula 691/STF).

2. Constatado evidente constrangimento ilegal perpetrado contra os pacientes, porquanto responderam a todo o processo em liberdade e, na sentença condenatória, sob o fundamento da existência de antecedentes desfavoráveis, foi-lhes negado o direito de apelar em liberdade, determinando-se a expedição de mandado de prisão, impende o abrandamento do referido enunciado sumular, para se conhecer do writ.

HABEAS CORPUS. LIMINAR. INDEFERIMENTO. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 691 DO STF. JULGAMENTO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL ORIGINÁRIO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. ACÓRDÃO PROLATADO. FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE AO EXPOSTO NA INICIAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO WRIT EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL.

1. Segundo orientação pacificada neste Superior Tribunal, é incabível habeas corpus contra indeferimento de medida liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada, sob pena de indevida supressão de instância, dada a ausência de pronunciamento definitivo pela Corte de origem (Súmula n. 691 do STF).

2. O óbice inserto na Súmula 691 do STF, contudo, resta superado se o acórdão proferido no julgamento do habeas corpus originário, em que restou indeferida a liminar, objeto do mandamus ajuizado neste Superior Tribunal, contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, faça as vezes do ato coator.

HOMICÍDIO QUALIFICADO. PREVENTIVA. GRAVIDADE DO DELITO. VIOLÊNCIA PRÓPRIA DO TIPO. AMEAÇA A TESTEMUNHAS. MERA SUPOSIÇÃO. CUSTÓDIA ANTECIPADA GENÉRICA E BASEADA EM MERAS CONJECTURAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DA ORDEM CONSTRITIVA À LUZ DO ART. 312 DO CPP. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, APLICAÇÃO DA LEI PENAL E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL QUE NÃO SE MOSTRAM AMEAÇADAS. PACIENTE PRIMÁRIO, SEM ANTECEDENTES E RESIDENTE NO DISTRITO DA CULPA. COMPARECIMENTO PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL PARA PRESTAR ESCLARECIMENTO. COAÇÃO ILEGAL DEMONSTRADA. REVOGAÇÃO DEVIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO DA DECISÃO AOS DEMAIS RÉUS.

1. Há constrangimento ilegal quando o decreto de prisão preventiva encontra-se fundado em meras conjecturas acerca da possibilidade de ocorrência de ameaça a testemunhas e da periculosidade do paciente, haja vista a gravidade do delito

em tese cometido, própria do tipo, dissociadas de qualquer elemento concreto e individualizado que indicasse a indispensabilidade da prisão cautelar à luz do art. 312 do CPP.

2. A prisão preventiva não pode ser decretada de forma genérica e se ausentes os motivos previstos no artigo 312 do CPP, especialmente quando se trata de paciente primário, sem antecedentes criminais, residente no distrito da culpa e que compareceu perante a autoridade policial para prestar esclarecimentos acerca dos fatos criminosos.

3. Ordem conhecida e concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, estendendo-se, de ofício, nos termos dos arts. 580 e 654, § 2º, do CPP, a decisão a Leonardo Silva, Maria Eliete dos Santos e Fábio Santos de Melo.

(HC 111.549/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 15/06/2009)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 171 (ONZE VEZES) DO CP. WRIT IMPETRADO PERANTE O E. TRIBUNAL A QUO AINDA NÃO APRECIADO. DENEGAÇÃO DE LIMINAR. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO PRETÓRIO EXCELSO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I - Hipótese em que a impetração se volta contra decisão monocrática por meio da qual foi indeferido pedido de medida de liminar, ainda não tendo ocorrido o julgamento final do writ no e. Tribunal a quo.

A hipótese, de regra, atrairia a incidência da Súmula 691 do Pretório Excelso. Contudo, verificada flagrante ilegalidade, é possível a concessão da ordem em habeas corpus impetrado contra o indeferimento de liminar.

II - 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 (Súmula nº 09/STJ), 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 decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (RHC 89.972/GO, Primeira Turma, Relª. Minª. Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007).

III - Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel.Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).

IV - No caso, os fundamentos apresentados no decreto prisional, meros juízos de probabilidade destituídos de base empírica - de que os acusados soltos poderiam continuar a aplicação das fraudes objeto da denúncia e coagir testemunhas - não são aptos a justificar a necessidade da custódia cautelar. Dessa forma, se não restaram evidenciadas quaisquer das hipóteses previstas no art. 312 do CPP, deve ser revogada a prisão preventiva. (Precedentes).

V - Além disso, o decreto ora vergastado apresenta fundamentação idêntica a de decisão anterior já declarada por esta Corte destituída de fundamentação idônea (HC 57.974/RJ), que tratava também de prisão preventiva

decretada em desfavor do paciente acerca dos mesmos fatos objeto do presente feito.

Ordem concedida.

(HC 89.647/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 06/10/2008)

HABEAS CORPUS Nº 132.979 - SP (2009/0062707-8),  
RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR  
CONVOCADO DO TJ/SP)IMPETRANTE: DANIELA SKROMOV DE  
ALBUQUERQUE - DEFENSORA PÚBLICA. IMPETRADO:  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.  
PACIENTE: RICARDO DE JESUS LOPES LIMA (PRESO)

#### DECISÃO

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de RICARDO DE JESUS LOPES LIMA, apontando-se como autoridade coatora o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante no dia 16 de dezembro de 2008, e denunciado como incurso no artigo 33 da Lei nº 11.343/06 e no artigo 12 da Lei 10.826/03. Alega o impetrante que não há indícios de autoria e da materialidade do crime, motivo pelo qual a decisão de primeiro grau, que indeferiu a liberdade provisória, é ilegal. Da mesma forma, o julgado do Tribunal a quo, que rejeitou o pedido de liminar. Acrescenta que o habeas corpus impetrado em segundo grau está pendente de julgamento desde o dia 16 de fevereiro de 2009.

Requer o deferimento de medida liminar, para que seja expedido contramandado de prisão.

É o relatório.

Passo a decidir.

Em primeiro lugar, far-se-á necessário superar o enunciado da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, que proíbe conhecer de habeas corpus contra decisão denegatória da ordem, se se tratar de decisão monocrática. Mas, esta Corte e o próprio Colendo Supremo Tribunal Federal, quando a decisão contrarie jurisprudência das Cortes Superiores, já mitigaram o rigor dessa Súmula, como se verifica dos seguintes julgados: HC 91468/SP, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe nº 074 Divulg. em 24-04-2008; HC 90387/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES, DJ de 28-09-2007; e HC 117.982/SP, Relatora Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe de 03/12/2008.

Não é, pois, caso de extinção do processo por inadequação desta via, diante do sério gravame causado ao paciente.

A decisão de primeiro grau está assim fundamentada (fl. 86): "O acusado está envolvido em crime de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma, o que por si só, é de gravidade social relevante, dado o perigo que a conduta insere. O crime de tráfico contribui para o aumento da criminalidade, já que à volta dele os piores crimes: homicídios, roubos, furtos, etc. De lembrar-se que a Lei 11.343/2006, em seu artigo 44 veda a concessão do benefício. Além disso, trata-se de crime hediondo, ex vi do artigo 2º, caput, da Lei 8.072/90, havendo expressa proibição à concessão da benesse pretendida. Existem fortes indícios de autoria e prova da materialidade da infração. O simples fato de o acusado eventualmente ser primário, ter bons antecedentes, possível residência e emprego fixos, não podem servir de únicos alicerces para concessão da liberdade provisória, há que se apurar tais condições sempre com o modus operandi do delito, prevalecendo-se o bem estar social sobre o individual. Isto posto, indefiro o pleito em questão.

O Tribunal a quo, por sua vez, indeferiu a liminar, por entender que não há constrangimento ilegal manifesto (fl. 107).

No entanto, conforme precedentes desta Corte, a vedação da liberdade provisória não pode estar fundamentada apenas na gravidade abstrata do crime, nem em meras conjecturas e nas suas consequências sociais. Nesse sentido: HC 118649/PR, Relatora Ministra JANE SILVA (Desembargadora Convocada do TJ/MG), DJe 02/02/2009 e HC 110917/RJ, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 19/12/2008.

[...]

Desta forma, concedo a liminar, para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento final do presente writ, salvo prisão por outro motivo ou se sobrevierem eventuais razões para sua prisão preventiva, com o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação.

[...]

(HABEAS CORPUS Nº 132.979 - SP (2009/0062707-8), Ministro CELSO LIMONGI, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP, DJ 22/04/2009)

A medida aqui proposta, portanto, além de se revelar como forma de consagração dos direitos fundamentais à liberdade e à celeridade processual, mostra-se como um instrumento para a redução da população de presos provisórios, podendo inclusive causar um maior número de absolvições, penas menores e regimes menos

rigorosos (a experiência mostra que réu solto pode causar positiva influência na convicção do magistrado no momento da sentença) e colaborar para a redução do estigma “réu preso= réu culpado”.

### **Sugestão de operacionalização:**

Quando da impetração do HC para o TJ, já xerocopiar uma via completa extra, “prevendo” o indeferimento e antecipando o trabalho posterior de pegar o processo para xerocar, evitando assim eventuais dificuldades de acesso aos autos em virtude do andamento do feito (conclusão, vista ao MP etc). Acompanhar o resultado da liminar no *site* do TJ ou esperar a intimação via e-mail do Núcleo de Segunda Instância, e em caso de indeferimento, imprimir a decisão monocrática para com essa documentação impetrar HC para o STJ nos moldes aqui expostos.

---

[1] Súmula 691 do STF :*Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “habeas corpus” impetrado contra decisão do Relator que, em “habeas corpus” requerido ao Tribunal Superior, indefere a liminar.*