



## Prisão não é a regra, é exceção, afirma Marco Aurélio

Mandar alguém para a prisão quando ainda não há sentença condenatória definitiva não pode ser a regra, mas sim a exceção, como estabelece o Direito Penal. O entendimento foi mais uma vez usado pelo ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, para conceder Habeas Corpus a um réu preso.

O alvará de soltura beneficiou o espanhol Alfonso Salto Sanchez, preso sob a acusação de atentado violento ao pudor. “Recolhimento de acusado em prisão, sem a culpa formada, é medida de excepcionalidade”, afirmou o ministro. De acordo com Marco Aurélio, “por maior que se mostre o afã em alcançar mudança de rumos, em coibir-se atos condenáveis, descabe o atropelo, a queima de etapas. É esse o preço que se paga por viver em um Estado Democrático, em um Estado de Direito, e, porque módico, está ao alcance de todos”.

Alfonso Sanchez foi preso em flagrante, em dezembro de 2006, acusado de forçar um menino de 13 anos a fazer sexo oral com ele. O espanhol tem 55 anos e é piloto da Empresa Iberia Líneas Aéreas de España. Sua defesa, representada pelos advogados **Alberto Zacharias Toron** e **Leopoldo Stefano Leone Louveira**, recorreu ao Supremo porque o pedido de liberdade já tinha sido negado pelas instâncias anteriores e pelo Superior Tribunal de Justiça. O argumento foi o de que a Lei 11.464/07 permite ao acusado de crime hediondo ficar em liberdade provisória. A defesa alegou também que o tipo de crime não justifica prisão.

Marco Aurélio acolheu os argumentos. “O paciente, contando com 55 anos de idade, família estruturada, residindo em Madri, teve conduta até aqui irreprochável, sendo, há mais de 33 anos, piloto da Empresa Iberia Líneas Aéreas de España. Ora, o título em si da custódia não se fez em sintonia com a ordem jurídica”, reconheceu o ministro.

Para Marco Aurélio, o fato de o acusado ser estrangeiro também não justifica a prisão. “A prevalecer tal suposição, entender-se-á que, uma vez acusado estrangeiro, sempre se haverá de implementar, automaticamente, a custódia”, considerou. Ele disse, ainda, que “nada justifica manter-se o paciente preso, aguardando o término do processo a que responde. Se transgrediu norma penal, agiu de forma episódica, ao que tudo indica, presente a prostituição. A violência citada na espécie não teria sido real, mas presumida ante a idade daquele que concordara com a reprovável prática”.

### Leia o voto

### HABEAS CORPUS 91.690-2 SÃO PAULO

**RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO**

PACIENTE(S): ALFONSO SALTO SÁNCHEZ

IMPETRANTE(S): ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)



COARTOR(A/S) (ES): RELATOR DO HC Nº 78082 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

**HABEAS CORPUS – LIMINAR – INDEFERIMENTO – NOVA IMPETRAÇÃO – LIBERDADE DE IR E VIR CERCEADA – EXCEPCIONALIDADE.**

1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete:

Os advogados Alberto Zacharias Toron e Leopoldo Stefano Leone Louveira impetram o *habeas corpus* em favor de Alfonso Salto Sánchez. Afirmam que o ministro Félix Fischer indeferiu o pleito de liminar, perpetuando a ilegalidade praticada pela 14ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que indeferiu idêntica medida, fazendo prevalecer a decisão do Juiz de Direito da 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital, o qual não acolheu o pedido de concessão de liberdade provisória do paciente.

Os impetrantes sustentam a existência de exceção ao Verbete nº 691 da Súmula desta Corte, porquanto o paciente encontra-se encarcerado em uma cela de Distrito Policial há quase sete meses, desde 6 de dezembro de 2006, quando foi preso em flagrante pela suposta prática do delito de atentado ao pudor. Segundo a denúncia, teria submetido menor de treze anos à realização de sexo oral, estando incurso nas penas do artigo 214, combinado com o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal.

O Juízo de primeira instância indeferiu o pleito de liberdade provisória do paciente para garantia da ordem pública, instrução processual e aplicação da lei penal, acrescentando que o artigo 2º, inciso II, da Lei 8.072/90 veda a concessão de fiança e liberdade provisória aos acusados da prática de crime hediondo. O Tribunal de Justiça acolheu a fundamentação adotada pelo Juiz e não concedeu o *habeas* (documento 7).

No *Habeas Corpus* nº 78.082, do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Felix Fischer indeferiu o pedido de concessão de liminar, consignando deficiência na instrução do processo, por faltar o acórdão do Tribunal de Justiça. O paciente requereu a reconsideração do ato e juntou a peça faltante. O pedido não foi acolhido ante a impossibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados da prática de crime hediondo. Com a vinda à balha da Lei nº 11.464/2007, o pleito de concessão de liberdade provisória foi renovado. Mais uma vez, houve o indeferimento da liminar.

Esse o ato atacado neste *habeas*. Os impetrantes argumentam que a Lei nº 11.464/2007 afastou a vedação à concessão de liberdade provisória em caso de crime hediondo. Ressaltam a insubsistência dos fundamentos apontados para a manutenção da custódia do paciente. A suposta violação à ordem pública estaria no fato de o crime sexual ter sido cometido em via pública, imputação que o acusado refutou nos interrogatórios policial e judicial a que foi submetido. Alegam que o tipo penal, por si só, não imprime a necessidade da prisão, sob pena de prejulgamento. Sustentam também que deve ser desconsiderado o fundamento da ameaça à instrução criminal, pela impossibilidade de supor-se que o paciente realizaria coação no curso do processo, mostrando-se indispensável a existência de atos concretos. Asseveram que, além disso, a instrução encontra-se em estágio avançado, aguardando-se tão-só o retorno de carta



---

rogatória expedida à Espanha para oitiva das testemunhas da defesa. Realçam, por fim, que o fato de o paciente ser estrangeiro não constitui ameaça à aplicação da lei penal.

Requerem a concessão de medida acauteladora para que, ante a insubsistência dos fundamentos do decreto de prisão, seja o paciente posto em liberdade, comprometendo-se a entregar o passaporte à Justiça e a permanecer em São Paulo durante o curso do processo. No mérito, pleiteiam a ratificação do provimento liminar.

2. Reafirmo o que tenho ressaltado sobre a necessidade de compatibilizar-se o Verbete nº 691 da Súmula desta Corte, reiteradamente flexibilizado, com a Constituição Federal:

O *habeas corpus*, de envergadura constitucional, não sofre qualquer peia. Desafia-o quadro a revelar constrangimento ilegal à liberdade de ir e vir do cidadão. Na pirâmide das normas jurídicas, situa-se a Carta Federal e assim há de ser observada. Conforme tenho proclamado, o Verbete nº 691 da Súmula desta Corte não pode ser levado às últimas conseqüências. Nele está contemplada implicitamente a possibilidade, em situação excepcional, de se admitir a impetração contra ato que haja resultado no indeferimento de medida acauteladora em idêntica medida – Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 84.014-1/MG, por mim relatado na Primeira Turma e cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 25 de junho de 2004. É esse o enfoque que torna o citado verbete compatível com o Diploma Maior, não cabendo extremar o que nele se contém, a ponto de se obstaculizar o próprio acesso ao Judiciário, a órgão que se mostre, dados os patamares do Judiciário, em situação superior e passível de ser alcançado na seqüência da prática de atos judiciais para a preservação de certo direito.

O paciente encontra-se sob a custódia do Estado, sem culpa formada, há seis meses e vinte e quatro dias. Tem contra si acusação considerado o disposto no artigo 214, combinado com o artigo 224, alínea “a”, do Código Penal – atentado violento ao pudor –, em razão de sexo oral praticado com menor.

O Juízo, ao indeferir o pleito de liberdade provisória, ressaltou a ofensa à ordem pública – “não se pode negar que quem comete crime sexual, em via pública, durante o dia, causa intranqüilidade ao meio em que vive”. Acrescentou, sob o ângulo da instrução criminal, da aplicação da lei penal, que:

Mesmo com o passado idôneo, conduta social ilibada e incensurável prestação de serviços, para evitar que se evada, preciso é a prisão. Não por ser estrangeiro, todavia, pela possibilidade de fugir para livrar-se das repercussões do ocorrido. O caso foi propagado na imprensa, constrangeu-o, bem como sua família, por conseguinte, solto, pode pensar em sair do país, para rechaçar maiores transtornos.

Então, fez ver que o inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.072/90 veda a concessão de fiança e liberdade provisória em se tratando dos crimes hediondos. Confirmam com o que se contém à folha 140 à 143.

Pois bem, essa decisão foi sucessivamente mantida, havendo os Tribunais nos quais impetrados *habeas corpus* indeferido as liminares.

Ressalte-se, mais uma vez, que o recolhimento de acusado em prisão, sem a culpa formada, é medida de



excepcionalidade maior e pressupõe situação enquadrável no artigo 312 do Código de Processo Penal. Consoante esclarecido, o paciente, contando com 55 anos de idade, família estruturada, residindo em Madri, teve conduta até aqui irreprochável, sendo, há mais de 33 anos, piloto da Empresa Iberia Líneas Aéreas de España. Ora, o título em si da custódia – o ato impugnado mediante o primeiro *habeas*, da competência do Tribunal de Justiça – não se fez em sintonia com a ordem jurídica.

Sob o ângulo da ordem pública, remeteu-se a transgressão já verificada, abandonando-se o sentido da previsão legal, ou seja, a preservação do ambiente próprio à vida em sociedade de forma pacífica. Se ocorreu ofensa à ordem pública, considerado o fato imputado ao paciente, deve-se aguardar a tramitação do processo penal e a imposição de pena para, imutável a condenação na via da recorribilidade, proceder-se à execução.

Quanto à instrução e à aplicação da lei penal, muito embora se tenha negado essa premissa, constata-se que o raciocínio desenvolvido leva em conta a condição de estrangeiro do paciente. Apontou-se que poderia fugir, objetivando não sofrer as conseqüências do ato praticado. A prevalecer tal suposição, entender-se-á que, uma vez acusado estrangeiro, sempre se haverá de implementar, automaticamente, a custódia.

Por último, mencionou-se a proibição da concessão de fiança e de liberdade provisória, a teor do artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90. Mesmo antes de ter-se a glosa da regra sobre a impossibilidade de progressão no regime de cumprimento da pena e de vir à balha a Lei nº 11.464/2007, o Supremo já proclamara, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 87.794-0/BA, de minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no Diário da Justiça de 2 de fevereiro de 2007:

[...]

**PRISÃO PREVENTIVA – CRIME HEDIONDO – RELAXAMENTO.** A interpretação teleológica da Lei nº 8.072/90 é conducente a concluir-se pela possibilidade de relaxamento da prisão preventiva.

**PRISÃO PREVENTIVA – INSTRUÇÃO CRIMINAL.** A viabilidade da instrução criminal, sob o ângulo da custódia preventiva, pressupõe ato concreto que a revele, ante a postura do acusado, em risco.

Pois bem, ainda que verificado o flagrante, mostra-se possível ter-se o relaxamento, com ou sem fiança, da prisão quer em face das circunstâncias envolvidas no caso, quer considerado o excesso de prazo. Se, conforme dispõe a Lei nº 8.072/90, mesmo diante de sentença condenatória, ao Juiz é permitido decidir se o réu poderá apelar em liberdade, com maior razão cumpre viabilizá-la quando se trata de prisão em flagrante já projetada no tempo sem que haja, no processo, sentença proferida. Nada justifica manter-se o paciente preso, aguardando o término do processo a que responde. Se transgrediu norma penal, agiu de forma episódica, ao que tudo indica, presente a substituição. A violência citada na espécie não teria sido real, mas presumida ante a idade daquele que concordara com a reprovável prática.

Está-se em quadra em que as instituições não de ficar atentas aos princípios regedores do processo penal, às franquias que somente são acionadas por aqueles que se encontrem submetidos a acusação. Por maior que se mostre o afã em alcançar mudança de rumos, em coibir-se atos condenáveis, descabe o atropelo, a queima de etapas. É esse o preço que se paga por viver em um Estado Democrático, em um Estado de



---

Direito, e, porque módico, está ao alcance de todos.

3. Defiro a medida acauteladora para relaxar a prisão do paciente. Expeçam o alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas próprias, ou seja, caso o paciente não se encontre sob a custódia do Estado por motivo diverso da prisão em flagrante mantida pelo Juízo, no Processo nº 050.06.096753-6 (CI 1952/06), da 31ª Vara Criminal do Foro Central da Capital, São Paulo. Observem, ainda, a entrega do passaporte, tal como sugerida na petição inicial, devendo o paciente indicar o local em que terá residência, mediante declaração do titular desta, assumindo também o compromisso de, na defesa dos próprios interesses, acorrer aos chamamentos judiciais.

4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Publiquem.

Brasília, 30 de junho de 2007 – 18h25.

Ministro MARCO AURÉLIO

Relator

**Date Created**

05/07/2007