

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS 135.711 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **TAIS HELENA DE CAMPOS MACHADO GROSS STECCA**
IMPTE.(S) : **IURI DO LAGO NOGUEIRA CAVALCANTE REIS**
COATOR(A/S)(ES) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Iuri do Lago Nogueira Cavalcante Reis em favor de Tais Helena de Campos Machado Gross Stecca, em que aponta como autoridade coatora o Superior Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 2 (dias) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 57 (cinquenta e sete) dias-multa pela prática de apropriação indébita (art. 168, § 1º, III, por três vezes, na forma do art. 69 do Código de Processo Penal).

Inconformada com a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo requerendo a reforma do cálculo da pena aplicada, a fim de ver modificado o regime inicial de cumprimento da pena. A 8ª Câmara de Direito Criminal negou provimento à apelação em acórdão assim ementado:

“APROPRIAÇÃO INDÉBITA – materialidade – recebimento de atrasados de pensão no INSS sem repasse aos clientes – ação no exercício da profissão de advogado – comprovação pela documentação juntada aos autos e pela prova oral colhida – valores recebidos em desacordo com o valor levantamento pertencente aos clientes. AUTORIA – ré que era contratada como advogada pelas vítimas levantou indenização paga pelo INSS e não repassou de forma regular as importâncias – locupletou-se com o dinheiro alheio.

PENAS – base acima do mínimo dadas as circunstância do delito e características da vítima – novo aumento na terceira fase pela majorante de crime cometido no exercício da profissão – manutenção

HC 135711 MC / SP

em recurso exclusivo da defesa.

REGIME – semiaberto – proporcional ao quantum de pena estabelecido – cabimento de regime mais gravoso em razão da culpabilidade da ré – impossível a alteração em recurso exclusivo da defesa – improvimento, com determinação” (documento eletrônico 11).

Contra tal acórdão foram opostos embargos de declaração, que foram rejeitados, sendo determinada a expedição de mandado de prisão.

O impetrante alega, em resumo, que

“[a] pressa em expedir o mandado de prisão da advogada acabou por criar uma situação totalmente abominável, onde uma experiente advogada de 41 anos, mãe de 4 (quatro) filhos dependentes (uma especial de 6 anos), foi presa ao dirigir-se ao Fórum de Apiaí//SP para realizar uma audiência no dia 28.4.2016, mesmo sendo acusada e condenada por condutas que possuem a pena mínima de 1 (um) ano (art. 168, § 1º, CP) e não geraram qualquer dano, porquanto todas as supostas vítimas foram ressarcidas antes da própria denúncia do MP/SP, não havendo qualquer ato desde a sentença condenatória que justifique tamanha reprimenda” (documento eletrônico 1).

Sustenta, nessa linha, que o decreto prisional combatido configura-se ilegal, porquanto carente de fundamentação e “a prisão da Paciente representa uma clara violação ao princípio da presunção de inocência, sendo certo que o referido entendimento esposado nos autos do HC n. 126.292/STF não pode ser aplicado de forma generalizada”.

Buscando revogar o decreto prisional, foi impetrado o HC 356.158/SP no Superior Tribunal de Justiça. A Sexta Turma desse Tribunal, acompanhando o voto do Relator, conheceu em parte e, nessa parte, denegou a ordem.

HC 135711 MC / SP

O impetrante argumenta que a execução provisória da pena não avaliou a possibilidade de anulação do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, haja vista que ainda não ocorreu o trânsito em julgado, e há Recurso Especial aguardando juízo de admissibilidade.

Aduz, ademais, que a paciente cumpre a pena no CPP do Butantã, distante 340Km de sua residência, e que sua presença junto aos familiares é fundamental, pois é mãe de 4 (quatro) filhos, dos quais 2 (dois) são menores de 12 anos e “*dependem de cuidados especiais*”.

Diante desse fato, requer a substituição pela prisão domiciliar, *in verbis*:

“Assim, diante da presença dos requisitos autorizadores estabelecidos no art. 318, incisos III e V, do CPP, ante a existência de 2 filhos menores de 12 anos, sendo que uma filha (Helena) possui apenas 6 (seis) anos e *padece de graves problemas de saúde, reputa-se imprescindível a substituição da prisão no CPP do Butantã pela prisão domiciliar* (...)” (grifos no original; documento eletrônico 1).

Destaca, ainda, que a paciente é advogada militante há mais de 15 (quinze) anos e, desse modo, tem a prerrogativa funcional prevista no art. 7º, V, da Lei 8.906/1991 (Estatuto da Advocacia e da OAB):

“Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

V – não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar.”

Ao final, requer a concessão da medida liminar para que seja revogada a execução provisória da pena ou sua substituição por prisão domiciliar. No mérito, pugna pela confirmação da cautelar em todos os seus fundamentos.

HC 135711 MC / SP

É o relatório suficiente.

Decido.

Como tenho reiteradamente afirmado, a superação da Súmula 691 do STF constitui medida excepcional, que somente se legitima quando a decisão atacada se mostra teratológica, flagrantemente ilegal ou abusiva.

No caso sob exame, verifico estar-se diante dessa situação, apta a superar o entendimento sumular, diante do – à primeira vista – flagrante constrangimento ilegal a que está submetido o paciente.

Passo, então, ao exame do pedido de medida liminar.

A concessão de medida liminar se dá em casos particularíssimos, nos quais se verifique, de plano, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Na análise que se faz possível nesta fase processual, entendo que se mostram presentes tais requisitos.

Conforme se observa na decisão proferida nos embargos de declaração, o Relator determinou a expedição do mandado de prisão em favor da paciente, tendo em vista o esgotamento de recursos perante aquele Tribunal e utilizando como fundamento a orientação desta Corte no julgamento do HC 126.292, conforme se observa do seguinte trecho:

“Por fim, em razão do julgamento da apelação, tendo-se como exaurida a jurisdição neste E. Tribunal, de rigor o cabimento da execução provisória do condenado nos termos do julgamento do habeas corpus nº 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Portanto, expeça-se mandado de prisão em desfavor da condenada.

*Ante o exposto, **REJEITO** os presentes embargos de declaração. Expeça-se mandado de prisão em desfavor da condenada”* (grifos no original).

HC 135711 MC / SP

Muito bem. A jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que ofende o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF) a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento ao qual sempre me filiei. No julgamento do aludido HC 126.292/SP, em que o Plenário sinalizou possível mudança de paradigma, assentei, de modo enfático, o seguinte:

“Eu vou pedir vênias ao eminente Relator e manter a minha posição, que vem de longa data, no sentido de prestigiar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal.

Assim como fiz, ao proferir um longo voto no HC 84.078, relatado pelo eminente Ministro Eros Grau, eu quero reafirmar que não consigo, assim como expressou o Ministro Marco Aurélio, ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo.

Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que in claris cessat interpretatio. E aqui nós estamos, evidentemente, in claris, e aí não podemos interpretar, data vênias”.

E, nesse mesmo sentido, em recentíssima decisão liminar, concedida no HC 135.100/MG, o Relator, Ministro Celso de Mello, com muita propriedade, consignou que

“em nosso sistema jurídico, ninguém pode ser despojado do direito fundamental de ser considerado inocente até que sobrevenha o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (CF, art. 5º, inciso LVII).

HC 135711 MC / SP

E a razão é simples: a presunção de inocência apoia-se nos fundamentos que estruturam o próprio modelo político-jurídico conformador do Estado Democrático de Direito, no qual as imputações criminais jamais se presumem provadas, como esta Suprema Corte tem reiteradamente advertido em seu magistério jurisprudencial: (...)

A consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer pessoa – independentemente da gravidade ou da hediondez do delito que lhe haja sido imputado – há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa de ser sempre considerada inocente, para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer até o superveniente trânsito em julgado da condenação criminal.

Na realidade, a presunção constitucional de inocência qualifica-se como importantíssima cláusula de insuperável bloqueio à imposição prematura de quaisquer medidas que afetem ou que restrinjam a esfera jurídica das pessoas em geral. (...)

Mesmo que não se considere o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega por mera concessão dialética, ainda assim se mostra inconciliável com o nosso ordenamento positivo a preconizada execução antecipada da condenação criminal, não obstante sujeita esta a impugnação na via recursal excepcional (RE e/ou REsp), pelo fato de a Lei de Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação da execução de sentença condenatória, o seu necessário trânsito em julgado.

(...)

Vê-se, portanto, qualquer que seja o fundamento jurídico invocado (de caráter legal ou de índole constitucional), que nenhuma execução de condenação criminal em nosso País, mesmo se se tratar de simples pena de multa, pode ser implementada sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, 'a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

HC 135711 MC / SP

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário' –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, 'caput', da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral".

Ademais, impende ressaltar que, segundo remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, ainda que fosse o caso de decretação da prisão cautelar, não bastaria a mera menção à gravidade do crime ou a afirmação abstrata de que o réu oferece perigo à sociedade para justificar a imposição da privação da liberdade. Também não seria suficiente para tal a simples conjectura de que, em tese, a ordem pública poderia ser abalada com a soltura do acusado.

O STF, como se sabe, tem repellido, de forma reiterada e enfática, a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente.

Isso porque a detenção de alguém, antes do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, reveste-se de caráter excepcional, sendo regra – nos países civilizados - a preservação da liberdade de ir e vir das pessoas. Assim, afigura-se 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.

Se, por um lado, o princípio constitucional da presunção de inocência não resta malferido diante da previsão, em nosso ordenamento jurídico, das prisões cautelares, desde que observados os requisitos legais, por outro, não permite que o Estado trate como culpado aquele que não

HC 135711 MC / SP

sofreu condenação penal transitada em julgado, sobretudo sem qualquer motivação idônea para restringir antecipadamente sua liberdade.

Como se vê, a subtração antecipada desse direito fundamental somente é lícita se estiver arrimada em bases empíricas concretas. Inexiste, insista-se, em nossos sistema legal, a prisão automática.

A custódia antes da condenação transitada em julgado, como se sabe, apenas é autorizada se demonstrada a sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação literal de tais condicionantes.

Nesse sentido Renato Brasileiro Lima afirma que,

“diante da Carta Magna, não há mais espaço para decisões que se limitem à mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP (...). De fato, a tarefa de interpretação constitucional para a análise da excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos estejam lastreados em elementos concretos. Mera ilações ou conjecturas desprovidas de base empírica concreta não autorizam a segregação cautelar da liberdade de locomoção. É indispensável que o magistrado aponte, de maneira concreta, as circunstâncias fáticas que apontam no sentido da adoção da medida cautelar, sob pena de manifesta ilegalidade do decreto prisional.

Caso a decisão proferida pela autoridade judiciária competente não esteja devidamente fundamentada, haverá constrangimento ilegal ensejador de pedido de habeas corpus (...)” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*, vol. 1. Niterói-RJ: Impetus, 2011. p. 1373).

Nesse sentido, cito, ainda, os seguintes julgados HC 127.366/SP, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 126.846/SP, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 121.286/PE, de minha relatoria; HC 118.684/ES, de minha relatoria; HC

HC 135711 MC / SP

117.796/SP, Rel. Min. Dias Toffoli.

No HC 115.613/SP, Rel. Min. Celso de Mello, a Segunda Turma desta Suprema Corte também referendou esse entendimento:

“HABEAS CORPUS – DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR – PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO E NA SUPOSIÇÃO DE QUE A RÉ PODERIA VOLTAR A DELINQUIR – CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL – UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA – HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR – SÚMULA 691/STF – SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, hic et nunc, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada diverja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão preventiva, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe – além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e presença de indícios suficientes de autoria) – que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde

HC 135711 MC / SP

que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária”.

Na espécie, é possível verificar, ao menos em um juízo provisório, que a fundamentação utilizada para decretar-se a prisão do paciente mostrou-se frágil, inidônea, porquanto apenas fez referência a julgamento do Plenário desta Suprema Corte, que, embora, repito, tenha sinalizado possível mudança de entendimento jurisprudencial, não possui qualquer eficácia vinculante, nos termos do que dispõem os arts. 102, § 2º, e 103-A, *caput*, da Constituição Federal.

Em verdade, pode-se afirmar que a decisão, que apenas faz remissão a um julgado deste Tribunal para decretar a prisão da paciente, não se afigura revestida de motivação hábil, sobretudo se contrastada com o art. 5º, LXI, do texto constitucional, que assegura a todos o direito de não ser preso “*senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*” (grifei).

Além disso, tal *decisum*, ao que tudo indica, também não se amolda ao art. 93, IX, da Lei Maior, que exige a motivação de todas as decisões judiciais “*sob pena de nulidade*” (grifei).

Ainda que se entenda, *ad argumentandum tantum*, que a decisão do STF invocada pelo Tribunal *a quo* pudesse ter efeito vinculante, em se tratando de cerceamento da liberdade individual, a decisão judicial correspondente há de ter em conta o princípio da individualização da pena, abrigado no art. 5º, XLVI, do Texto Magno, que não admite qualquer prisão baseada em expressões vagas ou genéricas. Em outras palavras, precisa levar em consideração a **situação particular** do condenado.

Essa é a orientação pacífica deste Tribunal, segundo a qual

HC 135711 MC / SP

“A exigência de motivação da individualização da pena – hoje, garantia constitucional do condenado (CF, arts. 5º, XLVI, e 93, IX) –, não se satisfaz com a existência na sentença de frases ou palavras quaisquer, a pretexto de cumpri-la: a fundamentação há de explicitar a sua base empírica, e esta, de sua vez, há de guardar relação de pertinência, legalmente adequada, com a exasperação da sanção penal, que visou a justificar” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23-6-1992, 1ª T, DJ de 28-8-1992).

Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo século XVIII, acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *“le roi le veut”*, ou seja, *“o rei o quer”*. No mesmo diapasão, é possível afirmar, com segurança, que não se pode hoje atender a uma determinação judicial ou, pior, mandar alguém para a prisão simplesmente porque *“le juge le veut”*, quer dizer, porque *“o juiz o quer”*.

Daí a previsão - ainda que tardiamente acolhida entre nós - dos arts. 5, LXI, e 93, IX, da Constituição de 1988, os quais exigem expressamente a motivação das ordens judiciais, que não podem emanar da simples vontade subjetiva dos julgadores e nem veicular meras fórmulas legais ou jurisprudenciais desapegadas de um contexto fenomenológico real e concreto.

Assim, diante de tudo quanto exposto, e examinados os documentos coligidos aos presentes autos, constato, ainda que em juízo de mera delibação, a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar sob análise.

Destarte, defiro o pedido de medida liminar para suspender, integral e cautelarmente, a execução provisória da pena imposta a ora paciente nos autos dos Embargos de Declaração na Apelação Criminal 3002887-59.2013.8.26.0030, até o julgamento do mérito desta ação.

HC 135711 MC / SP

Comunique-se com urgência.

Publique-se.

Brasília, 27 de julho de 2016.

Ministro Ricardo Lewandowski

Presidente

Cópia cedida à Dra. Iane do Lago Nogueira Cavalcante Reis
OAB/DF 43.377