



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS N° 138.755 - RJ (2009/0111102-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : MARCELO DAVIDOVICH E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO DE PAULA SEABRA (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO **CRIME DE ROUBO** E QUE PRETENDE A **DESCCLASSIFICAÇÃO** DE SUA CONDUTA PARA ÀQUELA PREVISTA NO **ART. 155 DO CP**. NECESSIDADE DE AMPLA ANÁLISE DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS O QUE, **NA VIA ELEITA**, SE MOSTRA INVIÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CARENTE DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO.

I - Quanto ao pleito de desclassificação do delito de **roubo** para o delito de **furto**, inviável sua apreciação em sede de **habeas corpus**, pois, não se presta o remédio heróico ao cotejo de questões relacionadas à matéria fático-probatória (**Precedentes**).

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, 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).

III - O indeferimento do pedido de liberdade provisória feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado, o que, na hipótese dos autos não ocorreu.

IV - No caso, a r. decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não trouxe fundamentos concretos aptos a justificar a necessidade da custódia cautelar (**Precedentes**).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida a fim de que seja deferida a liberdade provisória ao paciente, com a conseqüente expedição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2009. (Data do Julgamento).

MINISTRO FELIX FISCHER
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.755 - RJ (2009/0111102-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em benefício de RODRIGO DE PAULA SEABRA, contra v. acórdão da c. Terceira Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do **writ** nº 2009.059.03061.

Retratam os autos que o paciente foi **preso em flagrante** e denunciado como incurso no art. 157, **caput**, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal. Formulado em seu benefício pedido de liberdade provisória, o pleito restou indeferido (fls. 144/146).

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**. Em sessão de julgamento realizada em 12/05/2009, o e. Tribunal **a quo**, à unanimidade, denegou a ordem. Eis a ementa do v. acórdão:

"Habeas corpus. Paciente preso em flagrante e denunciado pela prática de tentativa de roubo, porque teria puxado a bolsa da vítima, sendo, em seguida, detido por populares. Pedido de desclassificação que será apreciado pelo juízo de primeiro grau no momento processual oportuno. Indeferimento da liberdade provisória adequadamente fundamentado na necessidade de garantia da ordem pública. Incidente instaurado pelo juízo a quo, para apurar a alegada dependência toxicológica do paciente. Ordem denegada" (fl. 149).

Daí o presente **mandamus**, no qual sustentam os impetrantes que **a)** os fatos narrados pela vítima não caracterizam crime de roubo, mas sim de furto, eis que "A violência ou grave ameaça que caracteriza o delito de roubo, necessariamente, tem que ser contra a pessoa, mas, in casu, o que consta é que o paciente, apenas, teria puxado a bolsa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

visando subtraí-la, donde se tem por óbvio que o ato noticiado na Ação Penal configura furto na forma tentada, nos termos previstos no caput, do art. 155, do Código Penal, na forma tentada;" (fls. 6/7); e **b)** há flagrante ilegalidade imposta ao paciente tendo em vista a manutenção da sua custódia cautelar em r. decisão sem a devida fundamentação. Alegam, ainda, que se trata de paciente tecnicamente primário e que possui residência fixa. Requerem, em suma, a desclassificação de tentativa de roubo para tentativa de furto e a concessão da liberdade provisória.

Liminar indeferida (fls. 134/135).

Informações prestadas às fls. 140/141.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 152/160, manifestou-se pela **denegação da ordem**, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO TENTADO (ART. 157, CAPUT, CC. ART. 14, II, AMBOS DO CP). PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO, DE ROUBO TENTADO PARA TENTATIVA DE FURTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA PARA A ANÁLISE DA QUESTÃO POSTA SUB JUDICE. POR IMPLICAR APROFUNDADO EXAME DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DO PROCESSO PRINCIPAL, INVIÁVEL NO ÂMBITO ESTREITO DO MANDAMUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO PELO JUIZ SINGULAR, COM A POSTERIOR CHANCELA DO TRIBUNAL ESTADUAL. WRIT QUE BUSCA O AFASTAMENTO DA CUSTÓDIA ANTECIPADA, COM ARRIMO NA TESE DE AUSÊNCIA DE MOTIVOS JUSTIFICADORES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. CRIME COMETIDO COM SIGNIFICATIVA VIOLÊNCIA CONTRA A VÍTIMA. ACUSADO QUE EXIBE MAUS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DO SEU PRÉVIO CONFINAMENTO, HAJA VISTA SUA PERICULOSIDADE, EVIDENCIADA PELA PERSONALIDADE VOLTADA A PRÁTICAS DELITUOSAS. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. PARECER PELO CONHECIMENTO DO MANDAMUS E PELA DENEGACÃO DA ORDEM" (fls. 152/153).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 138.755 - RJ (2009/0111102-6)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO **CRIME DE ROUBO** E QUE PRETENDE A **DESCCLASSIFICAÇÃO** DE SUA CONDOTA PARA ÀQUELA PREVISTA NO **ART. 155 DO CP**. NECESSIDADE DE AMPLA ANÁLISE DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO EXISTENTE NOS AUTOS O QUE, NA **VIA ELEITA**, SE MOSTRA INVIÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA CARENTE DA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO.

I - Quanto ao pleito de desclassificação do delito de **roubo** para o delito de **furto**, inviável sua apreciação em sede de **habeas corpus**, pois, não se presta o remédio heróico ao cotejo de questões relacionadas à matéria fático-probatória (**Precedentes**).

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, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

III - O indeferimento do pedido de liberdade provisória feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado, o que, na hipótese dos autos não ocorreu.

IV - No caso, a r. decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não trouxe fundamentos concretos aptos a justificar a necessidade da custódia cautelar (**Precedentes**).

Ordem parcialmente conhecida e, nesta parte, parcialmente concedida a fim de que seja deferida a liberdade provisória ao paciente, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Daí o presente **mandamus**, no qual sustentam os impetrantes que **a)** os fatos narrados pela vítima não caracterizam crime de roubo, mas sim de furto; e **b)** há flagrante ilegalidade imposta ao paciente tendo em vista a manutenção da sua custódia cautelar em r. decisão sem a devida fundamentação. Requerem, em suma, a desclassificação de tentativa de roubo para tentativa de furto e a concessão da liberdade provisória.

Quanto ao **primeiro tópico**, a ordem não merece ser conhecida.

Cabe analisar, **in casu**, **nos limites do writ**, a possibilidade de desclassificação do crime de roubo para o delito de furto. Vale ressaltar que, *"para a configuração do crime de roubo, é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo." (v.g. REsp 848.465/DF, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 20/08/2007).*

Por oportuno, para melhor delimitar a **quaestio**, veja-se o teor do seguinte trecho da denúncia:

"No dia 17 de março de 2009, por volta de 08:50 h, na Av. Borges de Medeiros, altura do nº 850, Lagoa, Rio de Janeiro, o denunciado, de forma livre e consciente, mediante violência consistente em puxar a vítima Terezinha junqueira de Carvalho pelos braços, arrastando-a pelo chão, iniciou a subtração, para si, de coisa alheia móvel, qual seja, uma bolsa de mão, contendo, em seu interior, diversos objetos pessoais, tais como um óculos escuro, marca Prada, um batom, marca Vitoria Secret, um Ipod, documentos pessoais e cartões de crédito, além da quantia de R\$ 70,00 (setenta reais) em espécie; tudo nos termos do Auto de Apreensão de fls. 15" (fl. 29).

No presente caso, pela análise dos fatos descritos na exordial acusatória, nota-se que o crime praticado pelo paciente foi o de roubo, haja vista que cometido **com violência contra a vítima**.

Qualquer avaliação além dessa, implicaria, em princípio, o reexame de provas, sendo que não se presta o remédio heróico a cotejar questões relacionadas à matéria fático-probatória (**Precedentes**).

Destaco, acerca do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO IMPRÓPRIO. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA (FACA). NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO QUALIFICADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM O MANDAMUS. DELITO CONSUMADO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (4 ANOS), PARA AMBOS OS PACIENTES E AUMENTADA DE 3/8 APENAS PELA DUPLICIDADE DE CAUSAS DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO CONCRETA. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. PRIMEIRO PACIENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. SEGUNDO PACIENTE PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME MAIS GRAVOSO. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS 718 E 719/STF. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TÃO-SÓ E APENAS PARA REDIMENSIONAR AS PENAS DOS PACIENTES.

1. O **Habeas Corpus** não é o meio adequado para rever a condenação dos pacientes, dada a necessidade de dilação probatória incompatível com o rito célere do **mandamus**.

2. Segundo pacífica jurisprudência desta Corte, analisar a pretensão relativa à desclassificação do delito de roubo impróprio para furto, ao argumento de insuficiência de provas quanto à grave ameaça, implica exame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, inviável em sede de **Habeas Corpus**. (HC 79.809/DF, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 22.09.08).

3. O delito previsto no art. 157, § 1º, do Código Penal, consuma-se no momento em que a violência é empregada, uma vez que esta é posterior à subtração da coisa, de modo que não se há que falar em tentativa. Precedentes desta Corte e do STF.

(...)

8. Ordem parcialmente concedida, tão-só e apenas para o fim de redimensionar a pena dos pacientes e o regime prisional, nos termos do voto do Relator.

(HC 92.221/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJU de 02/02/2009).

"PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL. ROUBO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME APROFUNDADO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO **HABEAS CORPUS**. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TENTATIVA. INAPLICABILIDADE. CONSUMAÇÃO. ALTERAÇÃO DE REGIME PRISIONAL. IRREPARABILIDADE DA SENTENÇA. ART. 33, §2º, C, DO CÓDIGO PENAL.

I - Para a configuração do crime de roubo é necessário haver o emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima. Entretanto, a violência não precisa ser de tal gravidade a ponto de ensejar lesões corporais, como nas vias de fato. Ademais, a grave ameaça pode ser empregada de forma velada, configurando-se, isso sim, pelo temor causado à vítima, o que leva a permitir que o agente promova a subtração



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem que nada possa a pessoa lesada fazer para impedi-lo.

II - No presente caso, pela análise dos fatos descritos na exordial acusatória, nota-se que o crime praticado pelos pacientes foi o de roubo, haja vista que cometido mediante grave ameaça.

*III - De outro lado, ainda quanto ao pleito de desclassificação do delito, ressalte-se que não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória. **(Precedentes)**.*

(...)

Ordem denegada."

*(HC 89.709/RJ, 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 07/04/2008).*

"CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. NÃO UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. GRAVE AMEAÇA. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. ILEGALIDADES NÃO DEMONSTRADAS DE PRONTO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

I. Para a configuração do delito de roubo não é imprescindível a utilização de arma de fogo, devendo, apenas, estar comprovada a ocorrência de grave ameaça ou violência contra a vítima.

*II. O **habeas corpus** constitui-se em meio impróprio para a análise do pleito de desclassificação do delito de roubo para furto, com fundamento na não utilização de arma de fogo na prática delitiva, se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade ou abuso de poder. **Precedentes**.*

III. A análise de tais argumentos, em razão da necessidade de dilação do conjunto fático-probatório, é inviável na via eleita.

IV. Ordem denegada."

*(HC 45.108/SP, 5ª Turma, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 16/02/2006).*

No que tange ao **segundo tópico**, melhor sorte assiste aos impetrantes.

Vejamos os argumentos apresentados na r. decisão indeferitória do pedido de liberdade provisória:

*"Trata-se de requerimento de liberdade provisória formulada pelo réu **RODRIGO DE PAULA SEABRA** pelos motivos alegados às fls. 42/48, instruído com carteira de habilitação, comprovante de residência e laudo da médico da Clínica Saint Roman.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público, por sua Promotora de Justiça, posicionou-se contrariamente aquela pretensão pelos motivos declinados às fls. 63/64.

Com efeito, a lei permite a constrição da liberdade individual do cidadão, de forma excepcional, quando seja para o resguardo das ordens pública e econômica, da conveniência da instrução criminal e de possível aplicação da lei penal, quando existam **indícios suficientes de autoria e prova da existência do crime**. In casu, o acusado foi autuado em flagrante no dia 17/03/09, sendo imputado ao mesmo o delito de roubo simples, na forma tentada, contra a vítima Terezinha Junqueira de Carvalho, o que justifica a segregação cautelar por se tratar de delito cometido com violência física, consistente em puxar a vítima pelos braços e arrastá-la pelo chão, para o fim de subtração de uma bolsa de mão. Em relação a materialidade delitiva, esta resta comprovada em razão da recuperação da res, conforme auto de apreensão de fls 15.

Além disso, o periculum in mora se faz presente, eis que nos delitos desta natureza as vítimas clamam pela manutenção da custódia do réu, face ao justo receio de sua liberdade.

E, conforme apontado pela Douta Promotora de Justiça, a alegação pela defesa de dependência química e da necessidade de tratamento, corrobora com a manutenção da custódia cautelar, sob o fundamento da garantia da ordem pública, vez que o acusado solto e eventualmente sob os efeitos de substância entorpecente, poderá novamente vir a delinquir.

Ademais, mesmo eventuais alegações de que o reli possui residência fixa, família constituída e ocupação lícita, de fato, não são passíveis de comprovação pelos documentos anexados e, ainda que assim fosse, inúmeros são os precedentes jurisprudenciais no sentido de que tais predicados, aliados à primariedade, não são suficientes, por si só, para elidir o decreto de prisão preventiva.

E sobre o tema, que é pacífico nos Tribunais Superiores, os seguintes julgados:

"O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que a primariedade e os bons antecedentes do acusado, não são garantias, por si sós, para afastar a prisão preventiva, quando existentes nos autos outros elementos que recomendem, efetivamente, a referida prisão. Precedentes do STJ. 2. Recurso desprovido" (STJ - RHC 13820 - MG - 5ª T. Rel Min. Laurita Vaz - DJU 23.06.2003 - p. 00391).

"Primariedade, bons antecedentes e ocupação lícita. Circunstâncias que, isoladamente, não inviabilizam a custódia preventiva, quando fundada nos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal" (HC n. 42652/RJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 3/10/2005, p. 298).

"Não se vislumbra ilegalidade na decisão que decretou a custódia cautelar do paciente, nem se pode falar em direito à liberdade provisória, se demonstrada a necessidade da prisão, atendendo-se aos termos do art. 312 do CPP (...) (HC 15225/RJ; Habeas Corpus 2000/0135218-0, DJ, Data:17/09/2001 Pg:00175, Min. Gilson Dipp (1111), 07/08/2001, T5 -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, STJ)".

Portanto, entendo ser imperiosa a segregação do acusado, eis que presentes os requisitos da custódia cautelar para garantia da ordem pública, traduzidos no fummus comissi delicti e periculum libertatis.

*Por estes motivos e por aqueles declinados pelo Ministério Público que também fazem parte integrante desta decisão, **INDEFIRO** o pedido de liberdade provisória do acusado **RODRIGO DE PAULA SEABRA**" (fls. 144/145).*

Reiterado o pedido de liberdade provisório, a M.M. Juíza manteve a prisão cautelar sob os seguintes fundamentos:

"No que tange a reiteração do pleito libertário, não vislumbro até o momento qualquer alteração fática capaz de ensejar a soltura do acusado, assim sendo, mantenho a decisão de fls. 65/66, por seus próprios fundamentos" (fl. 146).

Com efeito, a **privação cautelar da liberdade individual** reveste-se de caráter excepcional (HC 90.753/RJ, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Celso de Mello**, DJU de 22/11/2007), sendo **exceção à regra** (HC 90.398/SP, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, DJU de 17/05/2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, **qualquer que seja a modalidade** (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma **antecipação do cumprimento de pena** (HC 90.464/RS, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, DJU de 04/05/2007). O **princípio constitucional da não-culpabilidade** se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares, por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (HC 89501/GO, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Celso de Mello**, DJU de 16/03/2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (art. 5º, inciso XV, da Carta Magna) deve ter **base empírica e concreta** (HC 91.729/SP, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, DJU de 11/10/2007). Por tal razão, deve a r. decisão que indefere pedido de liberdade provisória ser fundamentada de forma efetiva. É dever do Magistrado demonstrar, com dados concretos extraídos dos autos, a necessidade da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

custódia do paciente, dada sua natureza cautelar nessa fase do processo.

Destarte, em observância ao princípio da presunção de inocência, toda e qualquer restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ter caráter excepcional. Nesse esteio, reza o parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal que será concedida liberdade provisória quando o juiz verificar a inoccorrência de qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva. Se o magistrado tem o dever de conceder, de ofício, a liberdade provisória nas hipóteses cabíveis, tem o acusado direito subjetivo a tal benefício quando preencher as condições para a sua concessão.

Logo, a r. decisão que indefere a liberdade provisória deve obrigatoriamente demonstrar a ocorrência concreta dos requisitos da custódia cautelar. Neste sentido já se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal:

"O Parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal não impõe ao juiz, ao exarar de ofício, despacho fundamentado de toda e qualquer prisão que lhe seja comunicada, se entender configurado qualquer dos pressupostos da prisão preventiva. Todavia, cabe-lhe a obrigação de fundamentar a decisão sempre a liberdade provisória é postulada e denegada" (RTJ 105/131).

Na hipótese dos autos, a r. decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória não trouxe fundamento concreto apto a justificar o encarceramento cautelar do paciente. Portanto, ausente as hipóteses autorizadoras do art. 312 do CPP, deve ser concedida a liberdade provisória ao paciente.

Destaco, acerca do tema, os seguintes precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. EXCESSO PRAZAL. INOCORRÊNCIA POR APLICAÇÃO DA SÚMULA 52 DESTE STJ. LIBERDADE PROVISÓRIA. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. (...).
2. (...).
3. (...).
4. *É ilegal decisão que indefere liberdade provisória apenas com fundamento na gravidade abstrata do delito de roubo qualificado,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem apresentar concretamente qualquer das hipóteses previstas no artigo 312 do CPP.

5. Ordem concedida parcialmente para conceder ao paciente a liberdade provisória, expedindo-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, mediante o compromisso de comparecimento a todos os atos do processo a que for chamado, e de não mudar de residência sem antecedente comunicação, sob pena de revogação da medida."

(HC 74.014/SP, 6ª Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJU de 17/12/2007).

"HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. NULIDADE DO FLAGRANTE INEXISTENTE. PRISÃO PROVISÓRIA COM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – NECESSIDADE DE DADOS CONCRETOS – AUSÊNCIA-ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1- (...).

2- A liberdade provisória não pode ficar presa a conjecturas, nem à gravidade abstrata do crime, devendo fundar-se em elementos concretos.

3- Ordem parcialmente concedida para conceder liberdade provisória ao paciente."

(HC 91.703/MG, 5ª Turma, Rel. Ministra Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, DJU de 26/11/2007).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ARTIGOS 302, PARÁGRAFO ÚNICO, 302, PARÁGRAFO ÚNICO, III, (DUAS VEZES) E 310, TODOS DA LEI nº 9.503/97, E 157, 129, 331 e 329, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

O indeferimento do pedido de liberdade provisória feito em favor de quem foi detido em flagrante deve ser, em regra, concretamente fundamentado, o que não ocorreu na hipótese dos autos (Precedentes).

Writ concedido."

(HC 84.225/RJ, 5ª Turma, de minha relatoria, DJU de 10/12/2007).

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE CONCRETA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. NOVA FUNDAMENTAÇÃO ACRESCIDA PELO TRIBUNAL A QUO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em meras suposições ou pressentimentos, não constitui fundamento suficiente para obstar a concessão de liberdade provisória, sendo indispensável a demonstração de um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, além da prova da materialidade e dos indícios de autoria, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

*2. A motivação empregada pelo Tribunal **a quo** para denegar a ordem na impetração originária não é apta a suprir a deficiência de fundamentação do decreto de prisão cautelar.*

3. Ordem concedida para determinar a imediata expedição de alvará de soltura ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, mediante condições a serem estabelecidas pelo juízo processante, sem prejuízo de que venha a ser decretada nova custódia cautelar, se for o caso, com a estrita observância do disposto no art. 312 do CPP."

(HC 87.190/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 10/12/2007).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.

2. Mantendo o magistrado de primeiro grau a custódia cautelar para garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal, sem apontar, contudo, elementos concretos que demonstrem a necessidade da adoção da medida extrema, mostra-se evidenciado o constrangimento ilegal.

3. Habeas corpus concedido."

(HC 72.882/PA, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 05/11/2007).

Diante dessas considerações, conheço parcialmente o **writ** e, nesta parte, concedo a ordem a fim de que seja deferida a liberdade provisória ao paciente, com a conseqüente expedição do alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de eventual decretação de prisão preventiva devidamente fundamentada.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0111102-6

HC 138755 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20090010657959 200905903061

EM MESA

JULGADO: 26/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO DAVIDOVICH E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : RODRIGO DE PAULA SEABRA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente do pedido e, nessa parte, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de novembro de 2009

LAURO ROCHA REIS
Secretário