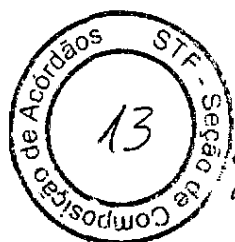


15/02/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI  
PACTE.(S) : DENER ALVES PAVARIN OU DENER ALVES PAVARINI  
IMPTE.(S) : ROBSON CÉSAR BARBÃO  
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 172172 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA



### EMENTA

**Habeas corpus. Súmula nº 691 da Suprema Corte. Ausência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento do enunciado. Precedentes. Progressão de regime. Possibilidade antes do trânsito em julgado. Súmula nº 716/STF. Observância dos requisitos objetivos. Cumprimento de mais de 1/6 da reprimenda. Artigo 112 da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.**

1. Ausência de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia que justifique o abrandamento do enunciado da Súmula nº 691 desta Suprema Corte, que, assim, deve ser aplicada.

2. Paciente condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicialmente fechado que se encontra preso preventivamente há pouco mais de um ano. Cumprimento de um sexto da reprimenda corporal.

3. Considerando o enunciado da Súmula nº 716/STF, segundo o qual "*admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória*"; e que o delito praticado pelo paciente não se enquadra no rol dos crimes hediondos – Lei nº 8.072/90 – ou equiparados, a regra objetiva para a progressão no regime prisional é a do art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, o cumprimento de um sexto da pena no regime em que se encontre.

4. **Habeas corpus** não conhecido, porém, concedido de ofício, para determinar ao juízo competente que analise os requisitos necessários à

HC 104.761 / SP

obtenção do benefício da progressão.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Sra. Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em não conhecer da ordem de **habeas corpus**, concedendo, no entanto, a ordem de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 15 de fevereiro de 2011.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

15/02/2011

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**PACTE.(S)** : **DENER ALVES PAVARIN OU DENER ALVES PAVARINI**  
**IMPTE.(S)** : **ROBSON CÉSAR BARBÃO**  
**COATOR(A/S)(ES)** : **RELATOR DO HC Nº 172172 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**RELATÓRIO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

**Habeas corpus**, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Robson César Barbão em favor de Dener Alves Pavarin, buscando a liberdade provisória do paciente.

Aponta como autoridade coatora o Ministro **Félix Fischer**, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC nº 172.172/SP impetrado àquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Sustenta, em síntese, o constrangimento ilegal imposto ao paciente, tendo em vista a falta de fundamentação apta a justificar a necessidade da manutenção da medida constritiva, bem como a ausência dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal (fls. 7 a 11).

Argumenta, ainda, ser o paciente primário, de bons antecedentes e com profissão definida (fl. 8).

Requer o deferimento da liminar para conceder ao paciente a liberdade provisória, permitindo a ele recorrer de sua condenação em liberdade e, no mérito, pede a confirmação da liminar requerida (fl. 11).

Em 7/7/10, o Vice-Presidente desta Suprema Corte, Ministro **Ayres Britto**, no período de recesso forense, indeferiu a liminar (fls. 49/50).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi**, opinou pelo não conhecimento da impetração e, se conhecida, pela denegação da ordem (fls. 53 a 58).

É o relatório.

15/02/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO

## VOTO

## O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, volta-se esta impetração contra ato do Ministro **Félix Fischer**, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu a liminar no HC nº 172.172/SP impetrado àquela Corte com o mesmo objetivo ora pretendido.

Narra o impetrante, na inicial, que:

“(…)

O paciente teve sua liberdade restringida no último dia 23.01.10, acusado de possível violação ao art. 157, parágrafo 02º, incisos I e II, do Código Penal, auto de constrição de liberdade lavrado junto ao 64º Distrito Policial da Capital, SP.

Ofertada a denúncia, acusando o paciente de eventual violação ao artigo 157, parágrafo 02, inciso II, do Código Penal, a mesma foi recebida sendo determinada citação do paciente para que o mesmo respondesse à acusação, nos termos legais.

Houve apresentação da resposta à acusação, sendo designada audiência una de instrução, interrogatório, debates e julgamento, para o dia 12.04.10, a qual foi realizada. Em sede de debates, dentre outras coisas, a defesa técnica postulou, como forma subsidiária, que fosse concedido o direito recorrer em liberdade ao paciente.

Ao final, o foi feito julgado procedente, para condenar o paciente às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, por violação ao artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do CP, tendo sido negado o direito de apelar em liberdade ao paciente.

(…)

Diante da decisão (...) apontada (...), a Defesa Técnica do paciente impetrou em seu favor **habeas corpus**, pugnando em síntese a concessão da medida liminar para conceder ao

HC 104.761 / SP

paciente o direito de aguardar a decisão final da medida impetrada, e no mérito, fosse concedida a ordem para tornar definitiva a liminar alvitrada.

A medida liminar foi denegada.

Diante da citada decisão, houve a impetração da medida de 'habeas corpus' em favor do paciente junto ao Superior Tribunal de Justiça, requerendo, em síntese, a concessão da medida liminar para conceder ao paciente o direito de aguardar a decisão final da medida impetrada, e no mérito, fosse concedida a ordem para tornar definitiva a liminar alvitrada, contudo, lamentavelmente a medida liminar alvitrada restou indeferida (...)” (fls. 3/4).

Esse é o motivo pelo qual se insurge o impetrante neste writ.

Como visto, trata-se de decisão indeferitória de liminar, devendo incidir, na espécie, a Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “*não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar*”.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte tem acolhido o abrandamento da referida súmula para admitir a impetração de **habeas corpus** quando os autos demonstrarem ser hipótese de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia.

Na hipótese vertente, verifica-se, porém, não haver flagrante ilegalidade capaz de afastar a incidência do enunciado da Súmula nº 691 deste Supremo Tribunal.

A decisão ora questionada tem a seguinte fundamentação:

“Os autos não versam sobre hipótese que admite a pretendida valoração antecipada da matéria, pois, pela análise da **quaestio** trazida à baila na exordial, verifica-se que o **habeas corpus** investe contra denegação de liminar. De fato, ressalvadas hipóteses excepcionais, felizmente raras, descabe o instrumento heróico em situação como a presente, sob pena de ensejar supressão de instância.

HC 104.761 / SP

**Assim o entendimento do Pretório Excelso:** HCPR 80.288/RJ, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJU de 02/08/2000; HCQO 76.347/MS, 1ª Turma, Rel. Min. **Moreira Alves**, DJU de 08/05/98; STF, HC 79.748/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJU de 23/06/2000.

**Da mesma forma, nesta Corte:** HC 43606/PB, 6ª Turma, Rel. Min. **Hélio Quaglia Barbosa**, DJU de 12.09.2005; HC 42832/ES, 5ª Turma, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJU de 29.08.2005; HC 26272/SP; 6ª Turma, Rel. Min. **Hamilton Carvalhido**, DJU de 11.04.2005; HC 38440/SP; 5ª Turma, de **minha relatoria**, DJU de 14.03.2005.

A matéria, inclusive, já se encontra sumulada: 'Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar' (Súmula nº 691/STF).

**Denego, pois, a pretensão liminar.**

Solicitem-se, **com urgência e via telex**, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.

Após, vista à douta Subprocuradoria-Geral da República" (fl. 15 – grifos no original).

Não há como ter-se por desprovida de fundamentação ou teratológica a decisão que entende não haver elementos suficientes, *demonstrados de plano*, para o deferimento da liminar. Pode e deve o magistrado, ao apreciar o pedido inicial, pautar-se no poder geral de cautela para buscar outros elementos formadores das razões de decidir além daqueles trazidos pela impetração, sem que isso caracterize constrangimento ilegal, abuso de poder ou teratologia.

A pretensão do impetrante é trazer ao conhecimento desta Suprema Corte, de forma precária, questões não analisadas definitivamente no Superior Tribunal de Justiça, o que configuraria indevida supressão de instância.

Com essas considerações, entendo que não há como esta Suprema Corte adiantar-se ao pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de

HC 104.761 / SP

Justiça para analisar os fundamentos de mérito da impetração, sob pena de grave violação às regras de competência constitucionalmente previstas, pois qualquer exame mais aprofundado do tema posto à apreciação implicaria em exame **per saltum** da matéria.

Na linha desse entendimento: HC nº 101.290/RS, de **minha relatoria**, DJe de 6/11/09; HC nº 101.141/SP, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe 27/10/09; HC nº 101.112/GO, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 23/10/09; e HC nº 101.062/SP, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe de 22/10/09, entre outros.

Ainda que assim não fosse, apenas para registro, anoto que ato decisório que manteve a prisão cautelar do paciente, embora sucinto, apresentou fundamento suficiente para justificar a privação processual de sua liberdade, porque revestido da necessária cautelaridade, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Outro não foi o entendimento do **Parquet** Federal ao consignar que *“a Juíza de Direito da 6ª Vara Criminal Central da Comarca de São Paulo, ainda que sucintamente, indicou os motivos concretos que determinaram a manutenção da medida constritiva após o édito condenatório. Tendo em vista a gravidade concreta da atuação dos agentes e a necessidade de garantia da ordem pública, a magistrada impôs a proibição de que o paciente permanecesse solto durante o processamento de seu recurso de apelação (...)”* (fl. 56).

Aliás, esta Suprema Corte já decidiu que *“não configura constrangimento ilegal a sentença penal condenatória que, ao manter a prisão em flagrante delito, veda ao recorrente a possibilidade de recorrer em liberdade, mediante decisão fundamentada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, em especial, quanto à garantia da ordem pública e à conveniência da instrução criminal”* (RHC nº 103.744/SP, Primeira Turma, no qual fui redator para o acórdão, DJe de 25/10/10).

De outra parte, é da jurisprudência desta Corte o entendimento de que *“não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar”* (HC nº 89.824/MS, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 29/8/08).

HC 104.761 / SP

Perfilhando esse entendimento: HC nº 97.296/SP, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, DJe de 18/2/10; HC nº 98.464/SP, Relator o Ministro **Ayres Britto**, DJe de 4/12/09; HC nº 91.470/SC, Primeira Turma, Redatora para acórdão a Ministra **Cármem Lúcia**, 14/11/07, entre outros.

**Contudo, tenho que o caso recomenda uma concessão de ofício.**

Como visto, o paciente foi sentenciado em 12/4/10, tendo sido condenado à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime inicialmente fechado (fls. 37 a 45).

Tomando por base a data da prisão em flagrante delito, em 23/1/10 (fl. 17), que persiste até os dias atuais, o paciente encontra-se preso cautelarmente há pouco mais de um ano. Portanto, considerando o enunciado da Súmula nº 716/STF, segundo o qual *“admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”*, e, por fim, que o delito praticado por ele não se enquadra no rol dos crimes hediondos, Lei nº 8.072/90, ou equiparados, é de se observar a possibilidade da progressão de regime no caso concreto.

A regra para o cálculo do benefício, no entanto, está presente no art. 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, cumprimento de 1/6 da pena no regime em que se encontra.

Nesse sentido, me manifestei quando do julgamento, no Plenário da Corte, do HC nº 98.145/RJ, DJe de 25/5/10, do qual fui o redator para o acórdão.

Importante consignar, ainda, que não há notícias acerca da interposição de recurso de apelação por parte da acusação. Aliás, as informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na **internet** demonstram a interposição de apelação apenas por parte da defesa.

Assim, aplicando-se essa regra à pena do paciente, desde 12/12/10, o lapso temporal necessário a ensejar o benefício já estaria preenchido, ressalvada, por óbvio, a análise do juízo competente de eventual presença dos demais requisitos subjetivos necessários à sua obtenção.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**, mas o concedo de



*Supremo Tribunal Federal***HC 104.761 / SP**

ofício, para determinar ao juízo competente que analise os requisitos necessários à obtenção do benefício da progressão.

É como voto.

**15/02/2011****PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Estou de acordo. Concedo também de ofício, mas antes eu manifesto o meu entendimento no sentido de aplicar a Súmula 691.

Acho perfeitamente viável e correta a decisão do Relator no sentido de encaminhar ao juiz da execução a decisão sobre eventual progressão. Nós estamos diante da presença dos requisitos objetivos, mas os subjetivos deverão ser avaliados pela autoridade competente, como bem observou o Relator.

Portanto, voto no mesmo sentido do Relator, não conheço, mas concedo de ofício.

15/02/2011

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o *habeas corpus* tem regência constitucional. Para que seja adequado, basta que se alegue, na inicial, pouco importando a procedência, ou não, um ato praticado à margem do cenário jurídico que alcance, na via direta ou indireta, a liberdade de ir e vir do cidadão.

Descabe potencializar a atuação individual ou de Colegiado. Se pudesse dar um peso maior, daria sempre não à atuação individual do relator como porta-voz do Colegiado, mas ao pronunciamento deste último. Não vejo como interpretar a Constituição à luz do Verbete nº 691, que integra a Súmula deste Tribunal, ainda que esse verbete tenha sido editado – a meu ver, em péssima hora – pelo guardião maior da Carta da República, que é o Supremo.

Tenho que, ante a rigidez, a supremacia da Carta da República, há de se observar o que dela decorre. O quadro, a meu ver, é extravagante. Há execução precoce, açodada, temporã, da pena. A tanto equivale o novo título alusivo à prisão preventiva. Leio o trecho transcrito no parecer do Ministério Público Federal:

Tendo em vista a gravidade do crime, porque praticado com grave ameaça a pessoa – então, nesses casos, a prisão será sempre automática –, o que revela periculosidade de seus executores para garantia da ordem pública, o acusado não poderá recorrer em liberdade.

Em síntese, assentou-se – e de forma clara, precisa – a culpabilidade dos agentes, sem que contra eles haja título executivo judicial condenatório transitado em julgado.

Peço vênias para, no caso, suplantar o óbice apontado pelo Ministério Público, do Verbete nº 691 – e com essa situação defrontou-se o Superior Tribunal de Justiça, até aqui apenas Superior e não Supremo Tribunal de Justiça –, e conceder a ordem.

15/02/2011

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 104.761 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -  
Peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar o  
Relator também, não conhecendo, aplicando-se a Súmula 691, mas  
concedendo, de ofício, para que o juiz verifique as condições.

Portanto, acompanho na íntegra o voto do Ministro-Relator.

XXXXX

**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 104.761**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

PACTE.(S) : DENER ALVES PAVARIN OU DENER ALVES PAVARINI


IMPTE.(S) : ROBSON CÉSAR BARBÃO

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 172172 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma não conheceu da ordem de habeas corpus, mas a concedeu, de ofício, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, que a concedia. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 15.2.2011.

Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

  
Carmen Lilian  
Coordenadora