

**HABEAS CORPUS Nº 97.00717-3**  
**IMPETRANTES: JARBAS MACÊDO SILVA**  
**(ADVOGADO)**  
**JOSÉ BOAVENTURA FILHO**  
**JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO**  
**PACIENTE: ANTÔNIO TAVARES DA SILVA**  
**IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE**  
**SANTANA DO CARIRI**  
**RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME HEDIONDO. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO DECORRENTE DA PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. A prisão decorrente da pronúncia não dispensa a fundamentação sobre sua necessidade, o que, não ocorrendo, acarreta a nulidade da decisão que a adotar, em face do disposto nos arts. 5º, LXI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal. Caracterizados os requisitos ensejadores da concessão da liberdade provisória, não pode o magistrado deixar de concedê-la sob o argumento de que o crime é hediondo e a ele se aplicam as restrições do art. 2º, inc II, da lei nº 8.072/90, já que a Constituição Federal, ao tratar de tais crimes, não autorizou o legislador ordinário a considerá-los insuscetíveis de liberdade provisória, limitando a garantia constitucional do direito de liberdade. Ordem concedida.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acorda a 4ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a ordem postulada, tudo de conformidade com o voto do Relator.

## RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado JARBAS MACÊDO SILVA e os estagiários JOSÉ BOAVENTURA FILHO e JOSÉ PATRÍCIO PEREIRA MELO em favor de ANTÔNIO TAVARES DA SILVA, contra decisão do MM. Juiz de Direito da Comarca de Santana do Cariri - CE que, em sua sentença (fls. 17/21), pronunciou o paciente como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV c/c art. 29, ambos do C.P.B., determinando sua prisão e negando-lhe o direito de aguardar em liberdade o julgamento perante o Tribunal do Júri.

Alegam os impetrantes que o paciente encontra-se preso desde 10/12/96, em face da mencionada decisão da autoridade apontada como coatora, a qual não explicita os motivos autorizadores da custódia cautelar.

Afirmam, ainda, terem eles ingressado com pedido de liberdade provisória, o que foi indeferido sob o argumento de que o crime imputado ao paciente é considerado hediondo, não ensejando a concessão do mencionado benefício.

Recebida a exordial no período de férias forenses, o Exmo. Sr. Des. Presidente deste Eg. Tribunal de Justiça deixou de apreciar o pleito liminar, determinando a imediata notificação da autoridade impetrada para prestar informações no prazo legal.

Apresentada a peça informatícia, essa dá conta de todo o andamento do processo, esclarecendo não haver qualquer perseguição do magistrado ao paciente, além de justificar a decretação da prisão desse unicamente no fato de ser o crime a ele imputado considerado hediondo, o que desautoriza a concessão da liberdade provisória.

É de se registrar, outrossim, que o paciente já foi processado e julgado anteriormente pelo crime a ele imputado, tendo o julgamento que o condenou a 18 anos de reclusão sido anulado por decisão unânime desta 1ª Câmara Criminal, em acórdão da lavra deste relator (HC nº 96.03027-6, fls. 24/29), cuja ementa foi a seguinte:

“EMENTA: *Habeas corpus* - 1) Interposição após o trânsito em julgado da sentença condenatória - Possibilidade - A existência de nulidade processual cuja prova não exija exame aprofundado, autoriza a interposição do remédio heróico para

desconstituir decisão já transitada em julgado - A necessidade de proteção ao direito individual da liberdade predomina sobre a imutabilidade da *res judicata* - 2) Defesa técnica realizada por bacharel não habilitado para o exercício da advocacia - Ofensa ao art. 133 da CF/88 - Nulidade - Aplicação do art. 4º. da Lei n. 8.906/94 - Prejuízo demonstrado - Falta de inquirição de testemunhas, de questionamento dos pontos controvertidos e de interposição dos recursos cabíveis, proporcionando a condenação e o trânsito em julgado da decisão sem qualquer esboço de defesa - Ordem concedida”.

Remetidos os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça, pronunciou-se esta pela concessão da ordem, a fim de que o paciente possa acompanhar em liberdade o restante do processo judicial.

É o relatório.

#### VOTO

Do exame dos autos, percebe-se que toda a discussão suscitada pelos impetrantes gira em torno da possibilidade ou não de concessão da liberdade provisória, pelo fato do paciente ser primário e de bons antecedentes, bem como pela inexistência de motivação adequada para a decretação da custódia extrema.

De início, analisando a sentença de pronúncia na qual foi determinada a prisão do acusado, detecta-se, lamentavelmente, a falha cometida pelo julgador monocrático, consistente na falta de motivação do ato que determinou a citada custódia, o que ofende inapelavelmente o princípio consagrado no art. 93, inc. IX da CF/88.

É que, pelas informações prestadas pela autoridade coatora, como também pelos documentos juntos ao processo, nota-se que a sentença de pronúncia não apresentou os elementos motivadores da necessidade do recolhimento do paciente para aguardar preso o julgamento perante o Tribunal do Júri.

Tal motivação é imperiosa e sem ela não pode prosperar o ato coator, visto que totalmente nulo.

Sobre o assunto, a profª ADA PELLEGRINI GRINOVER pontifica, *in*

verbis:

*“ O rigor do sistema do Código foi, todavia, sensivelmente atenuado com a introdução, pela Lei nº 5.941, de 23 de novembro de 1973, de dispositivo segundo o qual, ‘se o réu for primário e de bons antecedentes, poderá o juiz deixar de decretar-lhe a prisão ou revogá-la, caso já se encontre preso’ (art. 408, § 2º); (...) De qualquer modo, pensamos que a prisão nessa hipótese não dispensa a verificação concreta do ‘periculum libertatis’, sem o quê não estará justificada a cautela, segundo o contexto das garantias constitucionais (v. retro, n.3);*

e arremata,

*Diante disso, cremos que também a prisão decorrente da pronúncia não dispensa a fundamentação sobre sua necessidade (v. retro, n. 12), sem o que ocorrerá nulidade da decisão que a adotar, em face do disposto pelos arts. 5º, LXI, e 93, IX, da Constituição Federal.” (in As Nulidades No Processo Penal, 4ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 244/5 - grifei)*

Ora, a Constituição Federal é clara ao exigir que toda decisão judicial seja fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX), o que se aplica com muito mais razão às decisões que determinam o encarceramento de acusados em processos criminais (art. 5º, LXI), uma vez que se está cerceando a garantia constitucional do direito à liberdade (art. 5º, *caput*).

Assim, ainda que o paciente seja reincidente ou portador de maus antecedentes (o que não se verifica na espécie), sua prisão por decorrência da pronúncia não poderia ser decretada, **de forma automática**, pura e simplesmente por conta disso, necessitando a demonstração dos elementos autorizadores da cautela.

Nesse sentido, vejam-se os ensinamentos do prof. VICENTE GRECO FILHO, *in litteris*:

*“Especialmente após a Constituição de 1988, que consagrou a presunção de inocência, é preciso entender que a apreciação dos bons antecedentes não pode ficar em termos formais. Isto é, não é somente porque tenha tido o acusado outro inquérito ou outro processo penal que deles resulta exclusão da liberdade para recorrer ou aguardar o julgamento. Esses fatos podem ser levados em consideração como elementos de convicção para se negar a liberdade, porque podem ser indícios da necessidade da prisão como garantia da ordem pública (motivo de prisão processual), mas não*

**como presunção de culpa.**

*Isto porque, como já se disse acima, aqueles requisitos, primariedade e bons antecedentes, não são os únicos, devendo, também, inexistir motivo de preventiva. Os bons antecedentes, portanto, devem ser analisados em seu conteúdo, pela relação que podem ter com a ordem pública, e não como simples registros de inquérito ou ações penais.*

*Daí decorre a necessidade de que o juiz, ao conceder, ou não, a liberdade provisória após pronúncia ou sentença condenatória, fundamente a decisão não apenas nos antecedentes, mas no que esses antecedentes significam em termos de convicção de que a liberdade colocaria em risco a ordem pública.” (in Manual de Processo Penal, 3ª ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1995, págs. 250/251 - destaquei).*

Destarte, considerando que no caso em tablado o digno julgador monocrático não evidenciou, de forma clara e precisa, os motivos determinantes da segregação do paciente, indicando apenas estar essa embasada no art. 408, § 1º do C.P.P., entendo não poder prosperar o decreto de prisão em apreço, por ofender frontalmente as disposições dos arts. 5º, LXI e 93, IX, ambos de nossa Carta Magna.

Por outro lado, ainda que se entendesse a simples referência ao § 1º do art. 408 do C.P.P. como motivação suficiente para decretação da custódia cautelar (o que não é admissível com o advento da nova ordem constitucional), é de se observar que, sendo o réu primário e de bons antecedentes, bem como, tendo acompanhado todo o desenrolar do feito desde o início em liberdade, sem dar qualquer causa à determinação de sua prisão preventiva, não há como, agora, pretender-se justificar sua prisão apenas na previsão do art. 408, § 1º, do C.P.P. e no fato do crime a ele imputado ser considerado hediondo, não ensejando a concessão de liberdade provisória.

É que, como se sabe, nem mesmo o fato do crime imputado ao paciente ser considerado hediondo deve impedir a concessão da liberdade provisória quando presentes os seus requisitos autorizadores, uma vez que a Lei nº 8.072/90 não poderia restringir a garantia constitucional do direito de liberdade, sem a expressa permissão do legislador constituinte.

É indiscutível que ao dispor sobre os crimes hediondos em seu art. 5º, inc. XLIII, a nossa Carta Política não autorizou o legislador ordinário a considerá-los como insuscetíveis de liberdade provisória, como foi feito no

art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.072/90, ferindo, dentre outros, os princípios contidos no art. 1º, inc. III e nos incisos LVII e LXI do artigo 5º da CF/88.

Até o fato do acusado ter maus antecedentes ou não ser primário (o que não é o caso dos autos) não poderia, por si só, autorizar a determinação automática do seu recolhimento, tendo em vista que, com a nova ordem constitucional e os princípios nela consagrados, não se pode admitir a realização de uma verdadeira **execução provisória** da sentença.

Corroborando esse entendimento, ALBERTO SILVA FRANCO, em seus comentários à Lei nº 8.072/90, preleciona:

*“A postura do legislador ordinário não pode, contudo, merecer apoio, por constituir explícita violação de normas constitucionais.*

*Antes de mais nada, porque não tem cabimento sua pretensão em estabelecer o sentido de uma norma constitucional atinente a um direito ou garantia, de caráter fundamental. Não tem ele o poder de dispor, a seu bel prazer, do conteúdo de um direito fundamental, nem lhe é atribuída a capacidade de, autenticamente, interpretá-lo. Mesmo na presença de cláusula de reserva de lei, o legislador ordinário só poderá produzir uma lei classificadora, ‘mas nunca fixadora do sentido autêntico das normas constitucionais’ (Gomes Canotilho, ob. cit., p. 257) ...*

*Depois, porque a Lei 8.072/90 afronta a Constituição Federal, sob a ótica do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais correlacionados do devido processo legal, da presunção de inocência e da liberdade provisória. Na medida em que o texto da lei ordinária obsta, sem prévia autorização constitucional, a concessão do direito fundamental à liberdade provisória, nos crimes hediondos e nos crimes a eles equiparados, e na medida em que o mesmo texto transforma o caráter instrumental das medidas cautelares em formas aflitivas de privação da liberdade para atingir objetivos de prevenção penal, a dignidade da pessoa humana, que serve de base a todos os direitos fundamentais, fica em xeque: a prisão cautelar transforma-se numa penalização desnecessária, sem observância do ‘due process of law’, passível de censura constitucional e, numa rotulagem inapropriada, o indiciado ou acusado ficam equiparados à condição de culpado, ofendendo-se claramente o princípio da presunção de inocência.”*  
*(in Crimes Hediondos: notas sobre a Lei 8.072/90, 3ª ed. rev. e ampl. - São Paulo: Ed. RT, 1994, págs. 92/93 - destaquei)*

Por todas as razões expostas, concedo a ordem impetrada, a fim de que possa o paciente aguardar em liberdade seu julgamento, salvo a ocorrência de novos fatos que autorizem a determinação da custódia preventiva.

É como voto.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 1997.

Presidente

Relator