



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 63.926 - BA (2015/0233114-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : GUSTAVO NASCIMENTO SENA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. GRAVIDADE DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. SEGREGAÇÃO PRESERVADA. ILEGALIDADE. ADEQUAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR AO REGIME INTERMEDIÁRIO. RECURSO NÃO PROVIDO. ORDEM, NO ENTANTO, CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal, situação não presente nos autos.
2. Com a prolação de sentença condenatória, fica prejudicada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa.
3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.
4. Na hipótese, verifica-se que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão recorrido encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado, em ponto conhecido pelo comércio de entorpecentes, na posse de considerável quantidade de drogas - 190,9 gramas de maconha - tendo com ele sido apreendido uma balança digital e pequena quantia em dinheiro, elementos estes que evidenciam a gravidade concreta da conduta a periculosidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

social do agente, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e conter a reiteração delitiva.

5. *Estabelecido [entretanto] na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os pacientes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória* (HC 310.676/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 16/6/2015). Inteligência do enunciado da Súmula n. 716 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes deste Superior Tribunal de Justiça.

6. Recurso ordinário improvido. Ordem, no entanto, concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante (o semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

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, negar provimento ao recurso e conceder “Habeas Corpus” de ofício, nos termos do voto do e Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de maio de 2017(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 63.926 - BA (2015/0233114-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
RECORRENTE : GUSTAVO NASCIMENTO SENA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por GUSTAVO NASCIMENTO SENA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia .

Consta dos autos que o recorrente foi preso em flagrante, convertida a prisão em preventiva, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006.

Inconformada com o decreto construtivo, a defesa impetrou *habeas corpus* perante a Corte de origem. A ordem, contudo, foi denegada, recebendo o acórdão a seguinte ementa (e-STJ fls. 65/66):

HABEAS CORPUS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. TRÁFICO DE DROGAS. DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA ESTEADO EM FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA, PORÉM IDÔNEA. POSSIBILIDADE. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ANDAMENTO DO FEITO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. NÃO CONFIGURADA DESÍDIA NA CONDUÇÃO DO PROCESSO. ORDEM DENEGADA.

- Presentes os pressupostos e os requisitos da prisão preventiva, corroborados com os suficientes indícios de autoria c prova da materialidade do delito, em razão do flagrante, bem como não havendo qualquer ilegalidade na prisão do paciente, é de ser denegada a ordem.

- Nos termos da jurisprudência tanto desta Corte quanto dos Tribunais Superiores, é válida a prisão preventiva para a garantia da ordem pública, fundamentada no risco de reiteração da conduta delitiva.

- Embora o art. 319 do CPP preveja a aplicação de medidas cautelares em substituição à prisão preventiva, a análise do caso concreto não recomenda que as mesmas sejam utilizadas quando, em se considerando a periculosidade do paciente, essas não se revelarem suficientes para assegurar, de forma eficaz, a ordem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública.

- Inexistindo vestígios de desídia ou ineficiência do juízo primevo na condução do feito, não se há de falar em constrangimento ilegal a justificar a concessão da ordem por excesso prazal, mormente considerando que o atraso no encerramento da instrução criminal não extrapolou os limites da razoabilidade.

HABEAS CORPUS DENEGADO.

No presente oportunidade, a defesa sustenta, em síntese, a existência de excesso de prazo para a formação da culpa, cuja demora não pode ser atribuída à defesa, bem como a inexistência dos motivos autorizadores previstos nos art. 312 do Código de Processo Penal.

Diante disso, requer o provimento do recurso para que seja reconhecida a ilegalidade da prisão preventiva, com a expedição do respectivo alvará de soltura.

Informações atualizadas foram prestadas, dando conta, inclusive, da prolação de sentença condenatória em face do réu, a qual manteve a prisão preventiva imposta ao ora recorrente, (e-STJ fls. 137/138 e 145), e o Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, em parecer assim ementado (e-STJ fls. 114/115).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, QUE NEGOU O DIREITO DE RECORRER. ANTE OS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. AUSÊNCIA DE NOVO TÍTULO. PRECEDENTES DO STJ.

MEDIDA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REQUISITO DO ART. 312 DO CPP. PRECEDENTE DO STJ. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. RECORRENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO NA SENTENÇA. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. PACIENTE RECOLHIDO A PRESÍDIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

PARECER PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. CONCEDENDO-SE. CONTUDO, ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. PARA DETERMINAR QUE O RECORRENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGUARDE O JULGAMENTO DE SUA APELAÇÃO. EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO A CITADO REGIME SEMIABERTO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 63.926 - BA (2015/0233114-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Busca-se, em síntese, a revogação da prisão preventiva imposta ao recorrente, sendo-lhe imputado o suposto cometimento do delito descrito no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

De início, consoante informações colhidas no *site* do Tribunal de origem, verifica-se que o Juízo processante proferiu sentença condenatória em desfavor do recorrente.

Nesse aspecto, necessário asseverar que, para a Quinta Turma desta Corte, a sentença condenatória que mantém a prisão cautelar do réu somente constitui novo título judicial se agregar novos fundamentos, com base no art. 312 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido:

[...]. 1. "A ação constitucional de habeas corpus e o recurso em habeas corpus que questionam decreto de prisão preventiva não se encontram prejudicados pela superveniência de novo título, se a sentença penal condenatória mantém a constrição cautelar, sem agregar fundamentos novos".

[...]. (AgRg no HC n. 250.392/RN, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Quinta Turma, julgado em 26/5/2015, DJe 8/6/2015).

[...]. 2. O fato de haver sido prolatada sentença condenatória no feito não implica a prejudicialidade do writ originário, como decidido pela Corte Estadual, já que apenas o excesso de prazo da prisão restou superado com a prolação do édito repressivo, subsistindo o interesse da Defensoria Pública em ver analisado o pedido de anulação da ação penal. [...]. (HC n. 314.028/SP, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 7/5/2015).

[...]. A superveniência de sentença de pronúncia ou condenatória não constituirá "título novo", de modo a prejudicar o conhecimento do habeas corpus, se a ela nenhum fundamento novo for acrescentado [...]. (HC n. 288.716/SP, Relator Ministro NEWTON TRISOTTO – Desembargador Convocado do TJ/SC –, Quinta Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 1º/12/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese, o Juízo singular proferiu sentença em 30/11/2015, condenando o réu pela prática das infrações descritas no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, à pena de 04 anos e 02 meses de reclusão em regime semiaberto e pagamento de 500 dias-multa. Na mesma assentada, o Magistrado manteve a custódia preventiva, negando ao réu o direito a apelar em liberdade.

Contudo, não foram agregados novos fundamentos e, portanto, a sentença não configura novo título a respaldar a prisão cautelar do recorrente.

Noutro vértice, com o encerramento da instrução criminal e prolação da sentença fica prejudicada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, motivo pelo qual passo à análise do pleito de liberdade formulado no recurso.

A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

Na hipótese, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva encontra-se assentada nos seguintes fundamentos, no que interessa (e-STJ fls. 27/30):

(...)Passando ao exame do caso em concreto, inicialmente, anoto que a materialidade e os indícios de autoria restam comprovados satisfatoriamente, diante do que aponta o auto de prisão em flagrante.

Destaco, em especial, o laudo de constatação provisória da droga que deu resultado positivo para "maconha", bem como os termos de depoimentos onde os policiais que efetuaram a prisão relatam de forma pormenorizada a suposta conduta do indiciado, apesar do mesmo, em seu interrogatório ter negado a autoria do crime. Narram as peças que em diligências à Rua Salvador, local



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecido pelo comércio de drogas nessa cidade, avistaram o flagranteado que quando viu a viatura tentou evadir-se e na abordagem foi encontrado na posse do mesmo uma barra, com peso aproximado de 190,9 (cento e noventa gramas e nove decigramas) de maconha, uma balança digital portátil e a quantia de RS 12,00 (doze reais).

Não obstante não tenha maiores informações sobre o acusado, apesar da sua negativa de autoria, é necessário aguardar a conclusão do Inquérito Policial e demais atos processuais para em seguida formar-se um juízo de valor mais convincente. Dessa forma, verificando que, ao menos neste momento, pairam sobre o mesmo indícios de autoria e materialidade no delito de tráfico de drogas, entendo que a prisão se justifica por conta da necessidade de se preservar a ordem pública.

Com efeito, embora seja um conceito aberto, a ordem pública deve ser examinada como um dado ajustado à comunidade local, uma vez que determinada conduta pode não ser ofensiva no Estado da Bahia mas sê-lo em São Paulo, por exemplo.

Entendo que a ordem pública escora-se, principalmente, na gravidade da conduta, e não da gravidade em abstrato do crime perpetrado.

(...)

De mais a mais, as informações constantes dos autos não trazem quaisquer anotações quanto ao vínculo do acusado com o distrito da culpa, o que, a meu sentir, fundamenta a prisão na necessidade de se garantir a instrução criminal e aplicação da lei penal." (fls. 29/30 - Destacamos)

O Tribunal de origem, por sua vez, ao examinar o *habeas corpus* ali impetrado, manteve a segregação do ora recorrente, assim consignando (e-STJ fls. 69/70):

(...) Percebe-se, assim, que na espécie, há elementos suficientes que indicam a materialidade do delito e a autoria exsurgindo a necessidade da custódia cautelar do acusado, por ora, com base na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal e com o fito de evitar a reiteração delitiva.

Por outro lado, não há falar-se em ausência de fundamentação da decisão que decretou a preventiva quando ela, embora sucintamente, expôs o alto grau de periculosidade da ação imputada ao agente e do risco da reiteração delitiva.

(...)

Como visto, a custódia cautelar mostrou-se devidamente justificada na necessidade de garantia da ordem pública, dada a manifesta periculosidade social do paciente. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, à luz dos trechos acima transcritos, verifica-se que a decisão do Magistrado de primeiro grau e o acórdão recorrido encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando as circunstâncias do caso concreto, uma vez que o acusado foi flagrado, em ponto conhecido pelo comércio de entorpecentes, na posse de considerável quantidade de drogas - 190,9 gramas de maconha - tendo com ele sido apreendido uma balança digital e pequena quantia em dinheiro, elementos estes que evidenciam a gravidade concreta da conduta a periculosidade social do agente, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e conter a reiteração delitiva.

Com efeito, "se a conduta do agente – seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime – revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despciando qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade" (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

Em casos similares esta Corte assim julgou:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

2. No caso dos autos, a prisão cautelar encontra-se suficientemente fundamentada na necessidade de garantia da ordem pública, evidenciada pela gravidade concreta do crime perpetrado, em razão da significativa quantidade de droga apreendida - 511,31 gramas de maconha -, além de uma balança de precisão e de R\$ 101,00 em notas de pequeno valor.

(...)

4. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 74.948/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. CONDENAÇÃO. VEDAÇÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. QUANTIDADE DE PORÇÕES DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE. GRAVIDADE DO DELITO. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

3. A quantidade de porções de maconha encontradas em poder do paciente, já devidamente embaladas para a venda, além de uma porção maior do mesmo tipo de entorpecente, que poderia ser dividida em inúmeras outras partes menores, e o fato de ter sido flagrado embalando as drogas para a comercialização, demonstram maior envolvimento com a narcotraficância, justificando a preservação da segregação.

4. A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se ainda presentes os motivos para a segregação preventiva.

5. Concluindo as instâncias ordinárias pela imprescindibilidade da preventiva para evitar a reprodução de fatos criminosos, resta clara a insuficiência da aplicação das medidas cautelares diversas da prisão.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 317.218/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015).

Ocorre que, por outro lado, fixar o regime semiaberto e manter a prisão preventiva do paciente, negando-lhe o direito de apelar em liberdade, representa a imposição de um regime prisional mais gravoso do aquele que foi estabelecido na sentença condenatória, caso eles optem por exercer o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição.

Assim sendo, considerando o regime inicial semiaberto imposto pela sentença, conforme já relatado, o recorrente tem assegurado o direito inerente à modalidade intermediária, nos termos do enunciado n. 716 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória. Nesse sentido:

[...] 5. Não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto se preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Contudo, deve o recorrente cumprir a respectiva pena em estabelecimento prisional compatível com o regime intermediário fixado. 6. Recurso desprovido. Ordem concedida de ofício. (RHC-50.146/MA, Relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 23/6/2015, DJe 3/8/2015).

A ordem merece, portanto, ser concedida de ofício para determinar que o paciente aguarde o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias no regime prisional fixado pela sentença.

Outro não é o entendimento desta Corte. Confira-se, por oportuno:

HABEAS CORPUS. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DO RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR. SÚMULA 691/STF. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE COM A PRISÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO. COAÇÃO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADA. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O STJ, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do STF, como forma de racionalizar o emprego do habeas corpus e prestigiar o sistema recursal, não admite a impetração em substituição ao recurso próprio, salvo nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Excepcionalmente, admite-se a superação da Súmula 691/STF, que inviabiliza a impetração de mandamus contra o indeferimento da liminar, nos casos de manifesta ilegalidade que possa justificar a concessão da ordem de ofício, circunstância verificada na espécie.

3. Não há ilegalidade quando a constrição processual está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão da periculosidade social do agente envolvido, denotada pelo seu histórico criminal.

4. O fato de o recorrente responder outras quatro ações penais é hábil para evidenciar que ostenta personalidade voltada à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminalidade e demonstrar a real possibilidade de reiteração, justificando sua manutenção no cárcere para recorrer.

5. *A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu segregado durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a preventiva.*

6. *Não é razoável manter o réu segregado durante o desenrolar da ação penal, diante da persistência dos motivos que ensejaram a prisão preventiva, e, por fim, libertá-lo apenas porque foi agraciado com regime de execução diverso do fechado, permitindo-lhe que, solto, ou mediante algumas condições, aguarde o trânsito em julgado da condenação.*

7. ***Necessário, contudo, adequar a prisão com o modo de execução intermediário aplicado na sentença, sob pena de estar-se impondo ao condenado modo mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de apelo.***

8. *Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida em parte, de ofício, para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual apelação em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado pelo Juízo sentenciante - o semiaberto, salvo se estiver preso por outro motivo. (HC 326.945/PI, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO – Desembargador Convocado do TJ/PE – Quinta Turma, julgado em 17/9/2015, DJe 1/10/2015).*

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DOS PACIENTES. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DECRETO PREVENTIVO. MODUS OPERANDI. REGIME INICIAL SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração.

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação pelas instâncias superiores (HC n. 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

IV - In casu, os pacientes foram condenados à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão em regime inicial semiaberto pelo crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas, praticado mediante grave ameaça exercida com simulação de arma de fogo e agressão desferida contra a vítima, circunstâncias que denotam o grau de periculosidade dos agentes.

V- Dessa forma, dados concretos extraídos dos autos evidenciam que a liberdade dos pacientes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a periculosidade, evidenciada na forma pela qual o delito foi praticado (modus operandi).

VI - Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas, e ressalvado o entendimento pessoal deste relator, devem os pacientes aguardar o trânsito em julgado das condenações em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que os pacientes aguardem o trânsito em julgado das condenações no regime semiaberto. (HC 310.676/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe 16/6/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Evidenciado está, portanto, o constrangimento ilegal apto a ensejar a atuação, de ofício, deste Superior Tribunal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário, contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para determinar que o recorrente aguarde o exaurimento da jurisdição da instâncias ordinárias em estabelecimento prisional adequado ao regime fixado pelo Juízo sentenciante (o semiaberto), salvo se por outro motivo estiver preso.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0233114-1

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 63.926 / BA

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00166043620148050000 03066774920148050201 166043620148050000
3066774920148050201

EM MESA

JULGADO: 02/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ROBERTO LUIS OPPERMANN THOMÉ**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GUSTAVO NASCIMENTO SENA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ASSUNTO: DIREITO PENAL

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, negou provimento ao recurso e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do e Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.