



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.628 - BA (2013/0235807-0)**

**RELATORA** : MINISTRA LAURITA VAZ  
**RECORRENTE** : E S DA S (PRESO)  
**ADVOGADO** : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
**RECORRIDO** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PORNOGRAFIA INFANTIL. CONDENAÇÃO EM REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO PROCESSUAL – INICIADA COM O FLAGRANTE –, ENTRETANTO, MANTIDA NA SENTENÇA. ANTIJURIDICIDADE DA DETERMINAÇÃO QUE IMPÕE AO RÉU REGIME MAIS GRAVOSO QUE AQUELE FIXADO NO ÉDITO CONDENATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não é possível determinar a *incontinenti* soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente durante a tramitação do processo-crime em primeiro grau, em razão do entendimento "*de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguardar em liberdade o trânsito em julgado da causa*" (STF, HC 89.824/MS, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/2008), mormente quando persistirem os motivos que ensejaram a decretação da prisão processual. Justificada a execução provisória da pena, por configurados os requisitos.

2. Entretanto, é antijurídico constranger réu a aguardar a condenação eventualmente tornar-se definitiva em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença.

3. Recurso parcialmente provido, para determinar a imediata transferência do Recorrente para o regime semiaberto, com aplicação das respectivas regras.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.628 - BA (2013/0235807-0)

RECORRENTE : E S DA S (PRESO)  
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por E. S. DA S., em face de acórdão proferido nos autos do HC n.º 0020312-75.2013.4.01.0000/BA, assim ementado:

*"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. RÉU QUE PERMANECE PRESO PREVENTIVAMENTE. INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.*

*1. Condenado a regime semiaberto de cumprimento de pena, o paciente não tem direito à liberdade, enquanto sujeito à reprimenda, nos termos do artigo 35 do Código Penal.*

*2. Consequentemente, pendente apelo por ele interposto da respectiva sentença, a prisão preventiva nela imposta em seu desfavor não se mostra inadequada, porquanto fincada em motivação pertinente.*

*3. Ordem denegada."* (grifei)

Alega, nas razões recursais, em suma, que a segregação cautelar não é compatível com o regime prisional fixado na sentença, qual seja o semiaberto. Requer, por isso, a expedição de alvará de soltura ou, alternativamente a transferência para o regime determinado na sentença.

Parecer do Ministério Público Federal (fls. 135/139), assim ementado, *in verbis* (fl. 135):

*"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NEGADO. REGIME SEMIABERTO COMPATÍVEL COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO".*

É o breve relato do necessário.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 39.628 - BA (2013/0235807-0)

### EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PORNOGRAFIA INFANTIL. CONDENAÇÃO EM REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO PROCESSUAL – INICIADA COM O FLAGRANTE –, ENTRETANTO, MANTIDA NA SENTENÇA. ANTIJURIDICIDADE DA DETERMINAÇÃO QUE IMPÕE AO RÉU REGIME MAIS GRAVOSO QUE AQUELE FIXADO NO ÉDITO CONDENATÓRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não é possível determinar a *incontinenti* soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente durante a tramitação do processo-crime em primeiro grau, em razão do 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*" (STF, HC 89.824/MS, 1.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/2008), mormente quando persistirem os motivos que ensejaram a decretação da prisão processual. Justificada a execução provisória da pena, por configurados os requisitos.

2. Entretanto, é antijurídico constranger réu a aguardar a condenação eventualmente tornar-se definitiva em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença.

3. Recurso parcialmente provido, para determinar a imediata transferência do Recorrente para o regime semiaberto, com aplicação das respectivas regras.

### VOTO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Requer-se, em síntese, a expedição de alvará de soltura ou, alternativamente, a transferência para o regime determinado na sentença, sob a alegação, em suma, de que a segregação cautelar não é compatível com o regime prisional fixado na sentença, qual seja o semiaberto.

O Recorrente – preso desde o flagrante, ocorrido em 15/11/2012 –, foi sentenciado nos seguintes termos (fl. 93):

*"Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido deduzido na denúncia para condenar [E. S. DA S.] às penas do art. 241-A e 241-B, da Lei n. 8.069/90, em concurso material (art. 69 do CP).*

*Passo a dosar-lhe as penas.*

*O acusado possui antecedentes criminais, tendo sido condenado pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal Especializada pela Infância e Juventude a 6 (seis) anos de prisão, por incursão nas penas do art. 214*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

c/c 224, 'a', ambos do CP - atentado violento ao pudor (Anexo I). Quanto à culpabilidade, os delitos em questão não ostentam grau de reprovação superior ao ordinário. As demais circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CPB não lhe são desfavoráveis, exceto com relação ao delito tipificado no art. 241-B do ECA, haja vista a grande quantidade de imagens (1.895) e vídeos (525) de pornografia ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes, que estavam armazenados no pen drive apreendido. Assim, **fixo a pena-base em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa em relação ao delito capitulado no art. 241-A do ECA; e 2 (dois) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa com relação ao crime previsto no art. 241-B do referido Estatuto.** Cada dia-multa corresponderá a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, atualizado monetariamente, em razão da situação financeira do denunciado.

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e de diminuição de pena.

- DO CONCURSO MATERIAL DE CRIMES:

Na esteira do art. 69 do CP, somo as reprimendas aplicadas em cada um dos crimes, **para condenar em definitivo**, o réu a **5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 32 (trinta e dois) dias-multa**, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época.

**Fixo o regime semiaberto** para o eventual início do cumprimento da pena privativa de liberdade, imposta nesta sentença, por julgar atendidas as exigências do art. 33, §§ 2º, 'b', e 3º do CPB.

O denunciado deverá permanecer preso para recorrer, uma vez que persistem os requisitos da prisão preventiva, em especial para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Condeno-o, ainda, ao pagamento das custas processuais devidas.

Após o trânsito em julgado, determino o lançamento do nome do réu no ROL DOS CULPADOS.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se".

Inicialmente, a alegação de que o Condenado faz jus a aguardar o trânsito em julgado de eventual condenação em liberdade não prospera, pois, além de configurados os requisitos para a constrição, foi preso em flagrante.

Com efeito, não é possível determinar a *incontinenti* soltura de Condenado que permaneceu segregado processualmente durante a tramitação do processo-crime em primeiro grau, em razão do 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*" (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).

Com igual conclusão, os seguintes precedentes:

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. [...]*

*1. [...].*

*3. A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal.*

*4. Recurso desprovido." (RHC 23.319/MG, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2008.)*

*"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICADO. APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.*

*I - [...].*

*II - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva. (Precedentes do STJ e do STF).*

*III - [...].*

*IV - Dessa forma, se, na hipótese dos autos, sobreveio sentença penal condenatória, tendo os réus estado presos durante todo o processo, deve ser mantida a prisão durante a tramitação da apelação.*

*Writ denegado." (HC 87.663/BA, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJ de 17/12/2007).*

*"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO AO APELO EM LIBERDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE QUE PERMANECEU CUSTODIADO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONHECIMENTO PARCIAL. ORDEM DENEGADA.*

*1. O benefício de apelar da sentença condenatória em liberdade não assiste ao réu que, preso em flagrante, custodiado permaneceu durante toda a instrução criminal, por força da ocorrência de hipótese autorizadora da custódia preventiva. Precedentes.*

*2. [...].*

*3. Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado." (HC 58.373/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 12/3/2007).*

Daí, na espécie resta justificada a execução provisória da pena, por configurados os requisitos.

Entretanto, a manutenção da custódia cautelar na forma como estabelecida no édito sentencial é ilegal, uma vez que foi fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com efeito, é antijurídico constranger réu a aguardar a condenação eventualmente tornar-se definitiva em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença.

No ponto, rememore-se que, "[e]stipulado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, mostra-se incompatível com a condenação a manutenção da prisão preventiva – antes decretada e conservada na sentença condenatória para negar ao paciente o apelo em liberdade –, ainda que a acusação tenha recorrido" (HC 89.018/RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 10/03/2008).

No mesmo sentido, ainda, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. FURTO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA. PENA DE 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PACIENTE REINCIDENTE. ADOÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DESPROPORCIONALIDADE. REGIME MAIS SEVERO A SER CONSIDERADO É O SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. HABEAS CORPUS, NO ENTANTO, CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO E PARA QUE O PACIENTE AGUARDE NO REGIME SEMIABERTO O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO ESTIVER PRESO.

1. A presença de circunstância judicial desfavorável e a reincidência é suficiente para, apesar da pena total de 2 anos e 6 meses de reclusão, fixar-se o regime inicial mais severo; mas, neste caso, deve ser estabelecido o regime semiaberto, para manter-se o critério da proporcionalidade do decreto condenatório, uma vez que o regime inicial fechado tem como quantitativo pena bem mais elevada que a aplicada na hipótese.

2. Sobrevindo sentença penal condenatória, a manutenção da custódia do réu para apelar, mormente porque esteve preso durante a instrução criminal por força de decisão judicial motivada, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. Aplicação, no caso, da Súmula 09, desta Corte Superior (HC 73.652/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 28.04.08).

3. Parecer ministerial pela denegação do writ.

4. Ordem denegada. Habeas Corpus, no entanto, concedido de ofício para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e para que o paciente aguarde o julgamento do Recurso de Apelação no regime semiaberto, salvo se por outro motivo estiver preso." (HC 177.679/SP, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 13/12/2010.)

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE PELOS. MESMOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PARA INDEFERIR A LIBERDADE PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO EM REGIME INICIAL ABERTO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM REGIME MAIS GRAVOSO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.*

*1. Conquanto a sentença condenatória constitua novo título a embasar a manutenção do cárcere e inexista apreciação do Tribunal de origem acerca da superveniente sentença, não resta configurada hipótese de supressão de instância, porquanto limitou-se o juízo sentenciante a manter a custódia, vale dizer, indeferiu a liberdade do Paciente, sem agregar fundamentos novos.*

*2. Fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal, porquanto não pode o acusado aguardar o julgamento de seu recurso em regime mais gravoso do que aquele fixado na sentença condenatória.*

*Precedentes desta Corte.*

*3. Recurso provido para revogar a custódia preventiva imposta ao Recorrente, assegurando-lhe o direito de cumprir a pena no regime aberto, que lhe foi imposto na sentença condenatória, mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções." (RHC 29.446/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de DJe 06/04/2011.)*

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para determinar a imediata transferência do Recorrente para o regime semiaberto, com a aplicação das respectivas regras.

É com voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0235807-0

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 39.628 / BA

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00203127520134010000 201305502711 304052820124013300 307379220124013300

EM MESA

JULGADO: 18/02/2014

SEGREDO DE JUSTIÇA

#### Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : E S D A S (PRESO)

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Previstos no Estatuto da criança e do adolescente

#### 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, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.