



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.856 - SP (2017/0053936-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ROSELI CORREIA DOS SANTOS
ADVOGADO : ROSELI CORREIA DOS SANTOS - SP267284
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : O T B (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL TENTADO. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRISÃO MANTIDA COM BASE NOS FUNDAMENTOS ORIGINÁRIOS. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO A TODA A AÇÃO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. A tese de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade consiste em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório, em especial em hipótese como a dos autos, em que sobreveio sentença condenando o paciente em relação ao delito de estupro de vulnerável na forma tentada.

3. 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.

4. Hipótese na qual a prisão encontra-se suficientemente fundamentada com base na gravidade do delito, em que o paciente, aproveitando-se da relação de proximidade que mantinha com a família, moradora do local onde trabalhava como zelador, desenvolveu relação de amizade com a vítima, presenteando-a com doces e dinheiro, para finalmente, em ocasião na qual esta atendeu a porta estando sozinha em casa,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tentou praticar atos libidinosos, jogando-a em uma cama, onde beijou sua boca, passando a mão em seus seios. A vítima teria gritado, fazendo com que ele fosse embora.

5. A conduta, por si só revestida de repugnância, revela reprovabilidade que extrapola o tipo penal, na medida em que o paciente teria se portado de forma traiçoeira e dissimulada, desenvolvendo relação de confiança com os familiares, a ponto de a mãe pedir para ele conferir se a filha, que usualmente ficava sozinha, estava bem e em segurança, nos períodos em que ela se encontrava trabalhando.

6. Ademais, a jurisprudência desta Corte, que entende que a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, mostrando-se incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade.

7. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

8. As circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública.

9. Ordem não conhecida.

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

Brasília (DF), 24 de abril de 2018(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.856 - SP (2017/0053936-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ROSELI CORREIA DOS SANTOS
ADVOGADO : ROSELI CORREIA DOS SANTOS - SP267284
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : O T B (PRESO)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de O T B, no qual se aponta, como autoridade coatora, a 3ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ressai dos autos que o paciente, após prisão temporária, teve a prisão preventiva decretada em 9/12/2016, tendo sido denunciado como incurso nos arts. 217-A e 147, *caput*, do Código Penal.

A defesa sustenta a excepcionalidade da prisão durante o curso do processo penal, aduzindo que, na hipótese, o decreto prisional não apresentou fundamentação válida, calcada em circunstâncias concretas que indiquem a necessidade da medida extrema à luz dos pressupostos delineados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Aduz que a decisão fundada na gravidade abstrata do delito é ilegal, na esteira da manifestação das Cortes Superiores do País.

Sustenta que *os direitos constitucionais do paciente à ampla defesa e contraditório estão sendo violentamente feridos, porque não houve a sentença condenatória, uma vez que o mesmo está sofrendo constrangimento ilegal, pois o princípio da presunção de inocência que a Constituição Federal assegura, no seu art. 5º, LVII, que: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, porém já está cumprindo pena sem ao menos ter sido ouvido, feita sua defesa na íntegra (e-STJ fl. 5).*

Argumenta inexistir justa causa para a manutenção da prisão, uma vez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausentes provas que confirmem as alegações deduzidas pela acusação e, sim, laudo do IML que não evidencia conjunção carnal ou lesões corporais sofridas pela suposta vítima.

Destarte, defende que estando ausentes os pressupostos da prisão cautelar, não haveria razão para se manter preso uma pessoa por ter, supostamente, praticado um crime em que as circunstâncias de autoria e materialidade ainda não estão totalmente comprovadas.

Ressalta tratar-se de senhor de 3ª idade, com 65 anos, casado, pai de família, com 3 filhos e 1 neto, com bons antecedentes e residência fixa.

Requer, assim, a concessão da liberdade provisória ao paciente, com a expedição do competente alvará de soltura.

A liminar foi indeferida às e-STJ fls. 84/86.

Requerida a reconsideração da decisão (e-STJ fls. 92/99), o pleito restou indeferido (e-STJ fls. 101/102).

Informações às e-STJ fls. 106/114 e 116/120.

Em expediente avulso, a defesa reiterou o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a liminar (e-STJ fls. 125/131), tendo sido o novamente indeferido o pedido (e-STJ fls. 135/136).

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ fls. 141/143).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 391.856 - SP (2017/0053936-1)

VOTO

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

Acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

Nesse sentido, encontram-se, por exemplo, estes julgados: HC 313.318/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 7/5/2015, DJ de 21/5/2015; HC 321.436/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/5/2015, DJ de 27/5/2015.

No entanto, nada impede que, de ofício, este Tribunal Superior constate a existência de ilegalidade flagrante, circunstância que ora passo a examinar.

Busca-se a revogação da prisão preventiva do paciente, acusado da suposta prática dos delitos tipificados nos arts. 217-A e 147, *caput*, do Código Penal, sob a alegação de insuficiência de indícios de autoria e materialidade, e ausência de fundamentos idôneos para a segregação cautelar.

Quanto à primeira tese, de ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade, consiste em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do *habeas corpus* ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório, em especial em hipótese como a dos autos, em que sobreveio sentença condenando o paciente em relação ao delito de estupro de vulnerável, na forma tentada.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO. FALTA DE PROVAS DA AUTORIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO QUE MANTEVE A SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A alegada inocência do acusado é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

2. No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na angusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do paciente.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 313.998/RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/03/2015, DJe 31/03/2015)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ROUBO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. INOCÊNCIA DO PACIENTE. QUESTÃO DE ÍNDOLE FÁTICO-PROBATÓRIA. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE PATENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Não se conhece, sob pena de supressão de instância, do pleito de trancamento da ação penal, se não foi suscitado e nem decidido na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

origem.

3. A pretensão de ver reconhecida a inocência do paciente não se coaduna com a via estreita do habeas corpus, pois demanda revolvimento fático-probatório.

4. Demonstrada periculosidade concreta nas ações do paciente que foi denunciado por fazer parte de associação criminosa destinada ao cometimento de diversos crimes, dentre eles tráfico de variadas drogas, em expressiva quantidade, está demonstrada a necessidade do encarceramento cautelar, para assegurar a ordem pública, seriamente ameaçada com as suas ações, de clara e concreta nocividade.

5. Ausência de flagrante ilegalidade, apta a fazer relevar a impropriedade da via eleita.

6. Writ não conhecido.

(HC 278.456/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 04/12/2014, DJe 17/12/2014)

Quanto aos fundamentos da prisão, primeiramente é de se considerar que, embora a defesa comunique a superveniência de sentença condenando o paciente quanto ao crime do art. 217-A, na forma tentada, à pena de 4 anos e 8 meses de prisão, a prisão foi mantida com base nos mesmos fundamentos, tendo o magistrado consignado que *porque a sentença condenatória reafirma os requisitos da custódia cautelar, indefiro o recurso em liberdade.*

Cabe notar que, não obstante a superveniência de novo título, este não acrescentou novos elementos ao decreto preventivo anteriormente proferido. Ora, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 07/05/2015).

[...]. 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).

Assim, conveniente a apreciação das alegações apresentadas na impetração.

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.

No caso, o Tribunal *a quo*, transcrevendo as razões do magistrado singular, manteve a prisão preventiva do paciente com base nos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 67/73):

2. O paciente, que conta com 64 (sessenta e quatro) anos de idade, responde como incurso nos artigos 217-A e 147, caput, ambos do Código Penal, porque “praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a criança S.S.X. menina de 11 anos de idade a época dos fatos”, bem como “ameaçou por palavras a criança S.S.X. menina de 11 anos de idade a época dos fatos (nascida aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/06/2005), de morte e de matar os familiares da criança, mal este injusto e grave".

Segundo constou, “o denunciado Osvaldo era zelador do prédio em que a criança morava com a família e se valendo dessa proximidade, passou a presentear a vítima com doces, dinheiro e presentes de outras naturezas, e no dia 12 de outubro, teria presenteado-a com um par de tênis que se mostrou apertado.

Por isso, no dia dos fatos, o denunciado trocou o par de tênis e procurou a vítima no apartamento em que ela residia e ao ser atendido pela própria, indagou-a se encontrava-se sozinha, no que ela respondeu que sim e de pronto, o denunciado invadiu o domicílio, trancou a porta e a segurou pelos braços, jogando-a na cama que se situa na sala do apartamento.

Em seguida, o denunciado passou as mãos libidinosamente nos peitos da vítima, beijando-a na boca e a constrangeu dizendo que somente daria o tênis se ela deixasse ele chupar-lhe o peito.

Repelido pela vítima que disse que revelaria os fatos para a mãe, o denunciado ameaçou-a e disse que mataria a genitora da infante e que ninguém acreditaria nela por trabalhar lá há 25 anos no prédio, saindo em seguida do apartamento

O E. Juízo de origem, atendendo a representação da d. autoridade policial e a requerimento da d. representante ministerial, decretou a prisão preventiva do paciente nos seguintes termos:

“Consta da representação que no dia 30 de novembro de 2016, compareceram à delegacia a criança Sophia Tolentino Tolli, ora vítima, acompanhada de sua genitora Celenice da Silva e de sua tia Maria Cícera da Silva, além do investigado, acompanhados por policiais militares.

A criança, de apenas 11 anos, declarou que o representado é zelador do prédio onde mora e que costumava lhe dar presentes, tais como doces e dinheiro, mas que sua mãe não sabia disso e que, quando descobriu, proibiu que aceitasse os presentes.

Não obstante, no dia 12 de outubro de 2016, dia das crianças, o investigado lhe deu um par de tênis, o qual não serviu, sendo que o investigado se comprometeu a realizar a troca.

Narrou ainda que, no dia 12 de novembro de 2016, o investigado tocou a campainha do apartamento da vítima, a qual estava sozinha. Disse que ele perguntou se havia alguém em casa e, após resposta negativa, entrou, trancou a porta e segurou os braços da vítima, jogando-a na cama, momento em que passou a mão em seus seios e lhe beijou na boca. O investigado também teria dito 'só te dou o tênis se você deixar eu chupar seu peito'.

Finalmente, após dizer para o mesmo ir embora e que iria contar o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrido para sua mãe, o investigado teria respondido que, se ela contasse para alguém, iria matar sua mãe. Dessa forma, a vítima deixou de contar o fato, mas acabou contando para sua vó algum tempo depois, após esta perceber seu comportamento estranho.

A genitora da vítima corroborou a versão de que sua filha recebia presentes do zelador e que, ao tomar conhecimento do ocorrido e dizer para o investigado que sabia o que havia acontecido, o mesmo teria respondido 'me perdoa, foi um momento de fraqueza'.

A avó da vítima disse que não mora em São Paulo, mas que estava recentemente à visita. Disse que repreendeu a neta quando esta ralhou com o investigado, momento em que a vítima começou a chorar, dizendo que não gostava dele porque ele tinha a machucado.

O investigado, por sua vez, disse que o único motivo para a vítima estar fazendo isso é sua vontade de ter animal de estimação no prédio.

Realizada diligência no local dos fatos, constatou-se que não havia registro de gravação das câmeras de segurança antes do dia 16 de novembro de 2016, sendo que os fatos ocorreram quatro dias antes. Chamou a atenção dos investigadores tal fato, pois os HDs do sistema teriam espaço suficiente para armazenar a gravação dos últimos dezenove dias (fls. 39/40).

O subsíndico do prédio, Genailton Carlos de Melo, disse desconhecer ter havido alguma avaria ou manutenção no equipamento, sendo que a única pessoa que teria acesso à sala seria a síndica Liene.

Liene Dias Vicente, síndica, foi ouvida e relatou que no dia 14 de novembro houve um problema no sistema e que a empresa responsável realizou a manutenção. Relatou ainda que a vítima insistia bastante com o representado porque queria ter um cachorro. Disse que a genitora da vítima mora no local há 15 anos e que o representado trabalha lá há mais de 20 anos.

Cabe observar que o crime de estupro de vulnerável possui gravidade diferenciada, tido como hediondo, sendo que a custódia preventiva do investigado se faz necessária para a garantia da ordem pública.

Não há razão para desmerecer as palavras da vítima nesse momento, sendo certo que narrou de forma objetiva e com razoável detalhismo o ocorrido. Ainda, a própria genitora alega que o investigado teria pedido perdão pelo ocorrido, dizendo que havia sido um momento de fraqueza, fato este que foi presenciado pela tia da vítima, a qual confirmou a versão da genitora.

Ainda, de se salientar que o averiguado teria ameaçado de morte a genitora da ofendida caso a vítima lhe contasse o ocorrido, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imperiosa a prisão para resguardo da integridade física dela, principalmente porque o indiciado trabalha no mesmo local em que residem a vítima e seus familiares.

Por fim, as medidas cautelares diversas da prisão não se mostram adequadas à situação do acusado, diante da gravidade concreta do fato, haja vista que uma criança de apenas onze anos teria sido subjugada por adulto, o qual cometeu atos lascivos com aquela, suficientes para configurar o estupro de vulnerável.

Em razão dos indícios suficientes de autoria e por todo o demais exposto, defiro a representação e decreto a PRISÃO PREVENTIVA de OSVALDO TEOTÔNIO BEZERRA".

A r. decisão vergastada encontra-se, como se vê, mui bem fundamentada.

3. A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLIII (e o Código de Processo Penal, no artigo 323, inciso II, com a nova redação instituída pela Lei nº 12.403/2011), estatui a inafiançabilidade da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e dos fatos definidos como crimes hediondos. Inegável, pois, que a Constituição (e o Código de Ritos) erigiu óbice à dispensa de encarceramento justamente em função da hediondez - porquanto, vedada a concessão de liberdade provisória mesmo com prestação de fiança, ressaí como corolário intuitivamente veraz que menos ainda sem fiança deferir-se-ia tal liberdade (e por conseguinte, no caso concreto, pelo mesmo naipe de razões, não se revogaria a segregação preventiva).

A expressão “e liberdade provisória”, existente no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, suprimida pela Lei nº 11.464/07, consubstanciava redundância, segundo jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal (v.g. as decisões monocráticas exaradas nos HCs nºs 90.765/SP e 91.550/SP, Rei. Min. Sepúlveda Pertence, DJUs de 02.04 e 31.05.07, respectivamente). N'outras palavras: não se pode acenar com a liberdade provisória prescindindo-se da garantia pecuniária, quando se sabe que nem mesmo com o oferecimento do substitutivo da fiança o direito positivo aceita a liberação do réu.

O estupro de vulnerável vem tisonado pela hediondez, vale repetir. De resto, não se pode maldizer ordem de recolhimento preventivo dirigida a quem se atribui delito de inescandível gravidade e gerador de sérias consequências à ofendida: “depois dos fatos, a pequena vítima isolou-se e alterou o comportamento na medida em que não saia de casa cf. denúncia.

4. Por conseguinte, meu voto denega a ordem.

Cumprir verificar se o cárcere preventivo foi decretado em afronta aos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e sem fundamentação idônea, como aduz o presente recurso ordinário em *habeas corpus*.

Ora, é da jurisprudência pátria a impossibilidade de se recolher alguém ao cárcere se inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

No ordenamento jurídico vigente, a liberdade é a regra. A prisão antes do trânsito em julgado, cabível excepcionalmente e apenas quando concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, não em meras conjecturas.

Note-se ainda que a prisão preventiva se trata propriamente de uma prisão provisória; dela se exige venha sempre fundamentada, uma vez que ninguém será preso senão por ordem escrita e **fundamentada** de autoridade judiciária competente (Constituição da República, art. 5º, inciso LXI). Mormente porque a fundamentação das decisões do Poder Judiciário é condição absoluta de sua validade (CRFB, art. 93, inciso IX).

Depreende-se, contudo, que, no caso em comento, o decreto de prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentado, tal qual exige a legislação vigente. Foram regularmente tecidos argumentos idôneos e suficientes ao cárcere provisório na decisão e no acórdão transcritos.

No caso, a prisão encontra-se suficientemente fundamentada com base na gravidade do delito, em que o paciente, aproveitando-se da relação de proximidade que mantinha com a família, moradora do local onde trabalhava como zelador, desenvolveu relação de amizade com a vítima, presenteando-a com doces e dinheiro, para finalmente, em ocasião na qual esta atendeu a porta estando sozinha em casa, tentou praticar atos libidinosos, jogando-a em uma cama, onde beijou sua boca, passando a mão em seus seios. A vítima teria gritado, fazendo com que ele fosse embora.

A conduta, por si só revestida de repugnância, revela reprovabilidade que extrapola o tipo penal, na medida em que o paciente teria se portado de forma traiçoeira e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dissimulada, desenvolvendo relação de confiança com os familiares, a ponto de a mãe pedir para ele conferir se a filha, que usualmente ficava sozinha, estava bem e em segurança, nos períodos em que ela se encontrava trabalhando.

Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PLEITO DE EXTENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ART. 580 DO CPP. REITERAÇÃO DE PEDIDO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já 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.

III - Na hipótese, a liberdade dos pacientes acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada devidamente fundamentada a sentença em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de garantia da ordem pública, notadamente se considerada a imprescindibilidade de proteção da vítima e seus familiares, aliado à gravidade concreta do crime imputado ao Paciente - estupro de vulnerável.

IV - Se o pedido de extensão da liberdade provisória ora veiculado no presente mandamus já foi apreciado por esta Corte quando do julgamento do HC n. 367.605/RJ, resta esse sem objeto.

Habeas corpus não conhecido. (HC 363.711/RJ, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 05/10/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA GARANTIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES A JUSTIFICAR A PRISÃO CAUTELAR. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.

1. A prisão cautelar é medida excepcional de privação de liberdade, que somente poderá ser adotada se presentes determinadas circunstâncias, devidamente fundamentadas no art. 312 do Código de Processo Penal, que demonstrem concretamente a sua necessidade e adequação.

2. A justificação da prisão preventiva por periculosidade concreta do agente de crime sexual, demonstrada pela forma audaciosa com que agiu o acusado, que se valeu da confiança e da proximidade com a família da vítima para facilitar a prática do crime, é admissível valoração dos fatos e fundamento jurídico suficiente para a custódia cautelar.

3. Recurso ordinário improvido. (RHC 49.900/DF, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 17/09/2014)

Além disso, conforme já relatado, é de se notar que o paciente permaneceu preso durante todo o decorrer da ação penal, não fazendo sentido, desse modo, após a superveniência da condenação, a revogação da prisão.

Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte, que entende que a existência de édito condenatório enfraquece a presunção de não culpabilidade, mostrando-se incoerente, não havendo alterações do quadro fático, conceder, nesse momento, a liberdade.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. REINGRESSO DE ESTRANGEIRO. PRISÃO CAUTELAR MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA E NO RECURSO DE APELAÇÃO. REU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. 3. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A SEGREGAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente - a ser sanado mediante a concessão de habeas corpus de ofício -, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. No caso, constatado que o paciente respondeu preso a todo o processo, a exigência de fundamentação exaustiva e a possibilidade do recurso em liberdade devem ser avaliadas com excepcional prudência. Ora, se os elementos apontados no decreto construtivo foram suficientes para manter a medida excepcional em momento processual em que existia somente juízo de cognição provisória e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, com a prolação do édito condenatório precedido de amplo contraditório, no qual as provas foram analisadas por órgão judiciário imparcial, é de todo incoerente reconhecer ao condenado o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado do processo quando inalterados os motivos ensejadores da medida. Noutras palavras, é incompatível com a realidade processual manter o acusado preso durante a instrução e, após a sua condenação, preservado o quadro fático-processual decorrente da custódia cautelar, assegurar-lhe a liberdade; afinal, assim como já assinalou o Supremo Tribunal Federal, trata-se de situação em que enfraquecida está a presunção de não culpabilidade, pois já emitido juízo de certeza acerca dos fatos, materialidade, autoria e culpabilidade, ainda que não definitivo.

3. Nos moldes da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na análise da legitimidade da prisão preventiva, "o mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser conhecido e valorado para a decretação ou a manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria". Desse modo, se as circunstâncias da prática do crime indicam a efetiva periculosidade do agente e a gravidade concreta da conduta - como aqui ocorreu -, ante a existência de condenação anterior pelo crime de tráfico de drogas, em que atuou como 'mula', mesmo assim voltou a delinquir, demonstrando desrespeito às leis nacionais e ausência de vínculo com o país, além de haver indícios de que possua contatos com traficantes estrangeiros, válida a manutenção da custódia cautelar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 263.539/MG, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 17/04/2013). Outrossim, houve circunstância judicial do art. 59 do Código Penal considerada desfavorável - tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal -, elemento esse que também não pode ser desprezado.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 276.885/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 19/03/2014).

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SEGREGAÇÃO FUNDAMENTADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE PORÇÕES E NATUREZA ALTAMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS. GRAVIDADE DO DELITO. HISTÓRICO CRIMINAL DO AGENTE. RÉU REINCIDENTE. REGISTRO DE CONDENAÇÕES DEFINITIVAS PELOS DELITOS DE FURTO E AMEAÇA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do acusado, revelada pela gravidade da conduta incriminada e o histórico criminal do acusado.

3. A natureza altamente deletéria e a quantidade de porções da droga localizada em poder do agente são fatores que, somados às circunstâncias em que se deu o flagrante - em local conhecido como ponto de venda de estupefacientes -, revelam dedicação à narcotraficância, autorizando a preventiva.

4. O fato de o agente ser reincidente, possuindo condenações definitivas pela prática de dois delitos de furto e um de ameaça, é circunstância que revela sua periculosidade social e a inclinação à prática de crimes, demonstrando a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva.

6. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 363.858/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

Finalmente, convém consignar que o entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la.

Nesse sentido, trago à colação alguns precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ENVOLVIMENTO DE MENOR. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA. APREENSÃO DE OBJETOS UTILIZADOS NO PREPARO E DISSEMINAÇÃO DE DROGAS. RISCO DE CONTINUIDADE NO COMÉRCIO ILÍCITO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. RECLAMO IMPROVIDO.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a medida se mostra necessária, dada a forma como ocorrido o delito, indicativa de envolvimento mais profundo com a narcotraficância.

2. A variedade - cocaína e maconha -, a natureza mais nociva da primeira substância citada e a quantidade de material tóxico apreendido, somadas ao envolvimento de um adolescente na conduta criminosa, bem como à localização de objetos comumente utilizados no preparo e disseminação de drogas, são circunstâncias que indicam a periculosidade social do recorrente e o risco de continuidade na prática criminosa, caso libertado, autorizando a preventiva.

3. Condições pessoais favoráveis não tem, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a sua necessidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Recurso ordinário improvido.* (RHC 65.595/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NEGATIVA DA AUTORIA. NECESSIDADE DE INCURSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. EXISTÊNCIA DE CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO IMPEDE A DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM DENEGADA.

- Não houve pronunciamento do Tribunal a quo quanto à legalidade da prisão em flagrante, o que impede a apreciação da matéria por esta Corte Superior, sob pena de incorrer-se em indevida supressão de instância.

- Resta incabível na via estreita do habeas corpus o enfrentamento da alegação de ausência de indícios quanto à autoria delitiva, tendo em vista a necessária incursão fático-probatória, inadmissível na via eleita.

- Esta Corte Superior tem entendimento pacífico de que a custódia cautelar possui natureza excepcional, somente sendo possível sua imposição ou manutenção quando demonstrado, em decisão devidamente motivada, o preenchimento dos pressupostos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal - CPP.

- Na hipótese dos autos estão presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada, uma vez que as instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a periculosidade concreta do paciente, tendo o Magistrado de primeiro grau destacado a natureza, a variedade e a quantidade de droga apreendida - 753,03 gramas de cocaína, 457,62 gramas de crack e 1051,71 gramas de maconha - e os apetrechos encontrados com o acusado, o que sugere risco ao meio social, recomendando a sua custódia cautelar para garantia da ordem pública.

- **O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a presença de condições pessoais favoráveis, como primariedade, domicílio certo e emprego lícito, não impede a decretação da prisão cautelar, notadamente se há nos autos elementos suficientes para justificar a segregação preventiva.**

Ordem denegada. (HC 340.956/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, as circunstâncias que envolvem o fato demonstram que outras medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não surtiriam o efeito almejado para a proteção da ordem pública. O mesmo entendimento é perfilhado por esta Corte Superior, a exemplo destes precedentes:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO CAUTELAR. GRAVIDADE CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS. QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. OCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

[...] 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, indicadora, na dicção do juízo de primeiro grau, de "conduta nociva da agente, lesando profundamente a saúde pública". A magistrada ressaltou que "as circunstâncias incriminadoras foram caracterizadas pela apreensão de expressiva quantidade de entorpecente (cocaína), embalada em 13 cápsulas do tipo eppendorf, além de 58 eppendorfs vazios, e uma porção de maconha envolvida em um saco plástico, cento e trinta e um reais e quarenta centavos em notas e moeda, bem como uma espingarda de pressão (modificada, sem marca e números aparentes, duas máscaras e três munições intactas, calibre 12", tudo a conferir lastro de legitimidade à medida extrema.

3. Nesse contexto, indevida a aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, porque insuficientes para resguardar a ordem pública.

4. Ordem denegada. (HC 323.026/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 17/9/2015) – (grifei)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. QUANTIDADE DE ESTUPEFACIENTE APREENDIDO. HISTÓRICO CRIMINAL DO RÉU. APETRECHOS DO NARCOTRÁFICO. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA NECESSÁRIA E JUSTIFICADA. DESPROPORCIONALIDADE DO ENCARCERAMENTO ANTECIPADO. INOCORRÊNCIA. PROVIDÊNCIAS CAUTELARES MENOS GRAVOSAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 3. A quantidade de material tóxico apreendido - 690,7 gramas de maconha -, o histórico criminal do réu, o fato deste haver sido preso no exato momento em que iria entregar a droga para um usuário e, ainda, de haver sido encontrada em sua residência uma balança de precisão, indicam a dedicação à traficância, autorizando a preventiva.

4. Não há como, em sede de habeas corpus, concluir que o denunciado será beneficiado com a aplicação da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ou mesmo com regime prisional diverso do fechado, sobretudo tendo em vista a quantidade de material tóxico apreendido.

5. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando esta encontra-se justificada na gravidade concreta do delito e na periculosidade social do réu, indicando que as providências menos gravosas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública.

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 315.151/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 25/5/2015) – (grifei)

Assim, diante de todo o exposto, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser sanado.

Desse modo, **não conheço** do writ.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0053936-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 391.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01032746820168260050 1032746820168260050 2017000010 20170000136487
22554721220168260000

EM MESA

JULGADO: 24/04/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ROSELI CORREIA DOS SANTOS
ADVOGADO : ROSELI CORREIA DOS SANTOS - SP267284
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : O T B (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

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, não conheceu do pedido."

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