



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.252 - SP (2016/0219478-3)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : **ALEX SANDRO OCHSENDORF**
ADVOGADO : **ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **RAFAEL GOMES DA SILVA (PRESO)**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. MÉRITO. ROUBO MAJORADO (CONCURSO DE AGENTES). PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTARES DO TIPO PENAL. PACIENTE PRIMÁRIO, PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. 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.

3. No caso, a decisão singular não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente; somente faz referência às elementares do tipo penal e à gravidade abstrata do delito. Ademais, o paciente é primário, portador de bons antecedentes, o crime não foi cometido com o uso de arma branca ou de fogo, mostrando-se adequada a proporcional a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Constrangimento ilegal configurado. Precedentes.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estiver preso, substituindo a segregação preventiva pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, I, II e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada.

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

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.252 - SP (2016/0219478-3)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : ALEX SANDRO OCHSENDORF
ADVOGADO : ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL GOMES DA SILVA (PRESO)

RELATÓRIO

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

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de RAFAEL GOMES DA SILVA, preso cautelarmente por suposta infração ao art. 157, § 2º, II, do Código Penal (roubo em concurso de pessoas), contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC n. 2119243-45.2016.8.26.0000) que denegou a ordem nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 171):

Habeas Corpus - Roubo e liberdade provisória - Incompatibilidade - Precedentes - Necessidade de resguardar a ordem pública - Insuficiência das medidas cautelares alternativas - Alegação de excesso de prazo - Análise a partir da razoabilidade e das circunstâncias do caso - Excesso injustificado não demonstrado - A natureza do crime também integra o raciocínio a respeito do prazo razoável - Ordem denegada.

Na presente impetração, a defesa alegou, em síntese, não estarem presentes os requisitos autorizadores da medida constritiva cautelar, previstos no art. 312 do CPP, sendo o decreto prisional fundado em meras presunções e conjecturas.

Sustentou, ainda, a existência de excesso de prazo para a formação da culpa, destacando que "o réu está preso há mais de 290 (duzentos e noventa) dias, prazo absurdamente irrazoável e que nada concorreu a Defesa, sendo que não há no caso concreto qualquer complexidade que justifique o vasto prazo da medida" (e-STJ fl. 16).

Diante disso, requereu, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão cautelar do paciente.

Indeferido o pedido de liminar (e-STJ fls. 184/185), foram prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 194/230 e 232/293).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *mandamus* (e-STJ fls. 452/455).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 368.252 - SP (2016/0219478-3)

VOTO

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

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido por ausência de regularidade formal, qual seja, a adequação da via eleita.

De acordo com a nossa sistemática recursal, o recurso cabível contra acórdão do Tribunal de origem que denega a ordem no *habeas corpus* é o recurso ordinário, consoante dispõe o art. 105, II, "a", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando assim o sistema recursal vigente. Admite-se, entretanto, em casos de flagrante ilegalidade, a concessão da ordem, de ofício.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo do recurso adequado. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

A questão limita-se, portanto, a verificar a (i) legalidade da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente pela suposta prática do crime de roubo majorado (pelo concurso de agentes) e (ii) a existência de excesso de prazo.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Quanto aos pressupostos/requisitos da prisão preventiva, colhem-se estas lições do Professor Guilherme de Souza Nucci:

Entende-se pela expressão [garantia da ordem pública] a necessidade de se manter a ordem na sociedade, que, como regra, é abalada pela prática de um delito. Se este for grave, de particular repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário determinar o recolhimento do agente.

[A conveniência da instrução processual] é motivo resultante da garantia da existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental. A conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, [...] a fuga deliberada do local do crime, [...] dentre outras.

Asseguração da aplicação da lei penal: *significa garantir a finalidade útil do processo, que é proporcionar ao Estado o exercício do seu direito de punir, aplicando a sanção devida a quem é considerado autor de infração penal* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2014, p. 699, 708 e 710).

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 termos (e-STJ fl. 48):

O flagrante está formalmente em ordem.

O Ministério Público requereu a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Adoto a manifestação do Ministério Público como fundamento para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

converter a prisão em flagrante em prisão preventiva.

O parecer do órgão acusatório, por sua vez, justificou o pedido de prisão preventiva, *medida imprescindível como forma de preservação da ordem pública. A ordem pública é um dos fundamentos da prisão preventiva, consistente na tranquilidade do meio social.* Afirmou, ainda (e-STJ fls. 46/47):

No caso, constata-se a necessidade da custódia por conveniência da instrução criminal, pois os presos, em liberdade, poderão constranger a vítima, prejudicando, assim, a correta e adequada colheita de provas".

Anoto ainda que Rodrigo possui pretérito criminoso, conforme pesquisa policial e certidão do distribuidor local. Tal assertiva permite concluir que possui, na prática criminosa, meio de vida. A necessidade de se prevenir a reprodução de novos delitos é motivação bastante para prendê-lo (STF, HC 95.118/SP, 94.999/SP, 94.828/SP e 93.913/SC).

Diante desse quadro, também fica claro que as medidas cautelares alternativas à prisão preventiva (art. 319 do CPP), não se mostram suficientes, adequadas e proporcionais à gravidade do fato praticado e à periculosidade do ser autor.

Observo ainda que os presos não reúnem quaisquer das condições autorizadoras de prisão provisória domiciliar (art. 318 do CPP).

Posto isso, o Ministério Público requer seja a prisão em flagrante convertida em preventiva, pois presentes seus requisitos, fundamentos (art. 312 do CPP) e condições de admissibilidade (art. 313 do CPP).

O Tribunal a quo, ao julgar o habeas corpus originário, consignou, verbis (e-STJ fls. 172/175):

A concessão da pretendida liberdade provisória é absolutamente incompatível com o crime imputado ao paciente. É que, em matéria de roubo — a mais intranquilizadora expressão da criminalidade nos dias presentes — devem ser observadas as seguintes regras: A. não se relaxa prisão em flagrante formalmente perfeita;

B. não havendo prisão em flagrante, decreta-se a prisão preventiva; C. se, por desatenção, o réu livrou-se solto, decreta-se sua prisão preventiva quando da prolação da sentença condenatória.

Instrumento de garantia do direito de ir e vir, reservado aos cidadãos ordeiros, que fazem bom uso de sua liberdade, o habeas corpus não pode ser degradado à função de "chave de cadeia" para quem assalta quando está indo, e torna a assaltar quando está vindo...



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A jurisprudência de nossos E. Tribunais tem reiteradamente decidido que roubo e liberdade provisória são conceitos antinômicos. Filio-me, de coração, a esse entendimento, aqui representado pelos julgados seguintes:

(...).

A ousadia crescente das pessoas — como o paciente — envolvidas na criminalidade, sua absoluta desconsideração pela boa-fé alheia e a tranqüilidade com que exercem sua funesta atividade de infringir as leis para obter vantagem ilícita, estão a exigir uma atuação — serena embora — rigorosa e enérgica do Poder Judiciário, que não se pode despir de suas responsabilidades no tocante a tal estado de coisas.

Nem se incorra no equívoco de afirmar ter o magistrado decidido com base na gravidade abstrata do delito. A abstração, a hipótese, a conjectura são apanágio do doutrinador, do teórico, do cientista, do jurisconsulto. Jamais do Magistrado que, mesmo quando emprega expressões de cunho genérico, decide considerando as circunstâncias concretas do caso que tem diante de si.

Assim, demonstrada a periculosidade e a perniciosidade social do agente, justifica-se, mais que isso, recomenda-se seja ele mantido fora do convívio das pessoas decentes. E para isso é certo que se mostram insuficientes as medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, inaplicáveis ao caso do paciente.

Em uma análise detida do inteiro teor da decisão singular, preservada pelo Tribunal impetrado, não se verifica a presença de elementos concretos, colhidos do flagrante, valorados pelo Magistrado para fins de decretação da prisão do paciente, ajustados às hipóteses legais que autorizam, excepcionalmente, a restrição da liberdade.

Observa-se que a decisão não faz referências ao caso concreto, não ressaltando qualquer aspecto relevante, além daqueles previstos no tipo penal do crime, e que demonstre o efetivo risco à ordem pública, caso o paciente seja colocado em liberdade.

No mais, a decisão faz apenas referências à gravidade abstrata do delito e aos termos da lei processual, sem apontar dados objetivos da suposta conduta perpetrada pelo paciente para justificar a necessidade da medida extrema.

A despeito da gravidade dos fatos denunciados (roubo em concurso de pessoas, de um posto de gasolina), entendo que as decisões precedentes, que avaliaram a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessidade da prisão preventiva, aparentemente não apontaram nenhum elemento concreto a justificar a retirada cautelar do paciente do meio social.

A propósito, O Supremo Tribunal Federal rechaça a prisão preventiva decretada somente com base na gravidade em abstrato do delito ou mediante a repetição dos predicados legais e a utilização de fórmulas retóricas que, em tese, serviriam para qualquer situação. [...] (HC n 125.957, Relator Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 24/2/2015, publicado em 13/3/2015).

Nesse mesmo sentido, confirmam-se precedente desta Corte:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. ELEMENTARES DO TIPO PENAL. PACIENTE PRIMÁRIO, PORTADOR DE BONS ANTECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MEDIDAS CAUTELARES. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O decreto prisional carece de fundamentação idônea. 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.

2. No caso, a decisão singular não apontou dados concretos, à luz do art. 312 do Código de Processo Penal, a respaldar a restrição da liberdade do paciente; somente faz referência às elementares do tipo penal e à gravidade abstrata do delito. Ademais, o paciente é primário, portador de bons antecedentes, mostrando-se adequada a proporcional a imposição de medidas cautelares diversas da prisão. Constrangimento ilegal configurado. Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a medida liminar, revogar o decreto prisional do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso, substituindo a segregação preventiva pelas medidas cautelares



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

insculpidas no art.

319, I e IV, do Código de Processo Penal, sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada. (RHC 71.241/MG, minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 31/08/2016, g.n.).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. RECURSO PROVIDO.

I - 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 constitutiva 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.

(Precedentes).

II - In casu, conforme bem salientado pelo em. representante do Parquet, "Os fundamentos lançados pelas instâncias ordinárias não são idôneos para a manutenção da prisão preventiva decretada. Isso porque, é pacífico na doutrina e na jurisprudência, a necessidade de que se demonstre, com dados concretos, a necessidade da medida cautelar constitutiva de liberdade". Nesse sentido, HC n. 114.661, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 1/8/2014.

III - Conforme orientação pacífica, "não cabe às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação" (HC n. 113.945, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 12/11/2013).

IV - Parecer do MPF pelo provimento do recurso.

Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso, e sem prejuízo da decretação de nova prisão, desde que concretamente fundamentada. (RHC 59.339/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 17/02/2016, g.n.).

Registra-se, por fim, que o paciente é primário; portador de bons antecedentes e o crime não foi cometido mediante a utilização de arma branca ou de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fogo. As condições subjetivas favoráveis ao paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva, como ocorre no caso em apreço.

Avaliando as circunstâncias do fato concreto, para garantir a ordem pública e assegurar a aplicação da lei penal, a prisão deve ser substituída pelas medidas cautelares insculpidas no art. 319, incisos I, II e IV, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

O prazo e as condições do comparecimento periódico em juízo deverão ser fixados pelo Magistrado de primeiro grau.

Diante da ausência de fundamentação idônea, a ordem merece ser concedida de ofício para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas cautelares retromencionadas, *sem prejuízo de que nova custódia seja decretada, com base em fundamentação concreta, caso demonstrada sua necessidade, bem como de que sejam eventualmente fixadas outras medidas cautelares constantes no art. 319 do CPP, a critério do Juízo local.*

Acolhido o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, por fundamentação inidônea, fica prejudicada a análise da tese do excesso de prazo na instrução processual.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. **Concedo a ordem** de ofício para revogar o decreto prisional de RAFAEL GOMES DA SILVA, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319, incisos **I** (comparecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em juízo em período a ser definido pelo Magistrado), **II** (proibição de frequentar pontos de prostituição) e **IV** (proibição de ausentar-se da comarca sem prévia autorização judicial), do Código de Processo Penal, cuja regulamentação será feita pelo Juízo de primeiro grau, sem prejuízo da fixação de outras medidas cautelares.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0219478-3

HC 368.252 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00099439520158260590 20160000529156 21192434520168260000 99439520158260590

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ALEX SANDRO OCHSENDORF
ADVOGADO	: ALEX SANDRO OCHSENDORF - SP162430
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL GOMES DA SILVA (PRESO)
CORRÉU	: RODRIGO MARTINS DE OLIVEIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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

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