



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 121.791 - RS (2019/0368049-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
RECORRENTE : DIOGO BENINI MACHADO (PRESO)
ADVOGADO : MANOEL PEDRO SILVEIRA CASTANHEIRA - RS073823
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL ENTRE AS PARTES. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - 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.

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, para a **garantia da ordem pública**, notadamente em razão de o recorrente apresentar condenação criminal, tendo o d. juízo processante consignado que: *"Diogo Benini Machado ostenta uma condenação por extorsão com emprego de arma. Além disso, responde a cinco processos pelo crime de estelionato, com denúncias já recebidas"*, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o **fundado receio de reiteração delitiva. (Precedentes)**.

III - Quanto à alegação de constrangimento ilegal em razão da não realização da audiência de custódia, cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente decidido que *"a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante (HC n. 344.989/RJ, Quinta Turma,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 28/4/2016).

IV - No que pertine à existência de excesso de prazo na formação da culpa, ressalta-se que tal pedido sequer foi apreciado pelo eg. Tribunal de origem, razão pela qual fica impossibilitada esta Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida **supressão de instância**.

V - Quanto à alegação de constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício, verifica-se que o MM. Magistrado de primeiro grau determinou a segregação cautelar do ora recorrente em estreita observância ao art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo assim, não há que se falar em constrangimento ilegal diante da decretação da prisão preventiva do recorrente, vez que resultante de expressa determinação legal.

VI - No que concerne ao pedido de extensão do benefício concedido aos corréus, ressalta-se que **não há identidade fático-processual entre as partes, em razão das peculiaridades quanto às circunstâncias pessoais, que são distintas, notadamente em razão de o ora recorrente apresentar condenação criminal transitada em julgado, enquanto que os corréus não possuem antecedentes criminais**. Sendo assim, não cabe, portanto, a teor do art. 580 do CPP, deferir ao ora recorrente o pedido de extensão de benefício de liberdade provisória concedido aos corréus.

VII - A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que: *"Não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus"* (HC 187.669/BA, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, **Quinta Turma**, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)" (RHC n. 71.563/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 9/8/2016).

VIII - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento)

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 121.791 - RS (2019/0368049-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

RECORRENTE : DIOGO BENINI MACHADO (PRESO)

ADVOGADO : MANOEL PEDRO SILVEIRA CASTANHEIRA - RS073823

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por DIOGO BENINI MACHADO, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante e, posteriormente, teve sua prisão convertida em preventiva, pela prática, **em tese**, do delito furto qualificado tentado.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, por meio do qual buscava a revogação da decisão que decretou a prisão preventiva do recorrente. O eg. Tribunal de origem denegou a ordem, em v. acórdão assim ementado:

"HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. Possível a conversão de ofício do flagrante em prisão preventiva, de acordo com o disposto no artigo 310 do CPP. NULIDADE FACE A NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Em que pesem os argumentos expendidos pela impetrante, a sua ausência não tem o condão de anular o decreto prisional, pois serve para analisar tão somente a necessidade da prisão. REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO. Inviável a concessão da liberdade provisória quando, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, existir também qualquer dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, previstos nos artigos 312 e 313, inciso I, do CPP. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. A possibilidade de aplicação de regime diverso do fechado não impede a decretação da prisão preventiva, que tem fundamento cautelar, ausente relação com o cumprimento de eventual pena. EXTENSÃO DE DECISÃO DE CORRÉU. Não se concede a extensão de medida cautelar deferida a corréu se fundada em condições fáticas e pessoais diversas, como no caso. ORDEM DENEGADA" (fl. 219).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Daí o presente recurso ordinário, no qual alega o recorrente que estaria sofrendo constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação idônea da decisão que determinou sua segregação cautelar, bem como excesso de prazo na formação da culpa. Pondera, neste sentido, que a prisão cautelar foi decretada pela gravidade em abstrato da conduta supostamente praticada.

Afirma que o paciente foi preso em 15.10.2019, e a denúncia só fora recebida em 01.11.2019, sendo 4 réus e com a citação de todos e as respostas à acusação certamente, não será possível a realização de audiência de instrução e julgamento do paciente ainda no ano de 2019.

Afirma que sofre constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício sem requerimento ou representação da autoridade policial ou do Ministério Público na fase pré-processual, em afronta ao texto do art. 313, I, do Código de Processo Penal.

Aduz, ainda, ofensa ao princípio da razoabilidade e homogeneidade em se manter presa, uma pessoa que, ao final da instrução processual será mantida em regime menos gravoso, diante da possibilidade de fixação de regime diverso e de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ressalta que faria jus a **extensão do benefício de liberdade provisória concedido aos corréus**.

Requer, ao final, a revogação da prisão preventiva e, subsidiariamente, a substituição da prisão preventiva por medida cautelar diversa.

A liminar foi indeferida às fls. 293-294.

As informações foram prestadas às fls. 298-301.

O Ministério Público Federal, às fls. 303-316, manifestou-se pelo **desprovimento** do recurso ordinário, em parecer assim ementado:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TENTADO PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE CONVERTEU O FLAGRANTE EM PREVENTIVA. CONVERSÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO DO ART. 310, INCISO II, DO CPP. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. ALEGAÇÃO SUPERADA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PRECEDENTES. EFETIVA CARACTERIZAÇÃO DE RISCO PARA A ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. DESPROPORCIONALIDADE DA CONSTRIÇÃO PROVISÓRIA EM RELAÇÃO À FUTURA PENA. NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. PEDIDO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO CONCEDIDO A CORRÉU. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICO-JURÍDICA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Não há que se falar em ilegalidade na decretação da prisão de ofício, uma vez que o julgador só atuará após ter sido previamente provocado pela autoridade policial, nos termos do art. 306 do CPP, e, ainda, porque a Lei nº 12.403/2011, que extirpou a possibilidade de o juiz decretar de ofício a prisão provisória ainda durante o inquérito policial, acrescentou o inciso II ao artigo 310 do Código de Processo Penal, que expressamente permite a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

2. A não realização de audiência de custódia não induz a ilegalidade do decreto preventivo, cujos fundamentos e requisitos de validade não incluem a prévia realização daquele ato, vinculados, por força de lei, ao que dispõem os arts. 312 e 313 do Código de Processo Penal.

Precedentes.

3. Não há constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está fundada nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente para a garantia da ordem pública, mormente diante do histórico criminal do agente, a revelar sua periculosidade e o alto risco de reiteração delitiva.

4. Não subsiste o argumento de que a prisão preventiva seria desproporcional em face de pena a ser imposta futuramente, uma vez que prognoses acerca de processo em curso não substituem a necessidade de se respeitar a conclusão da instrução criminal, sendo esse o único meio para a análise completa das diretrizes do art. 59 do Código Penal.

5. Eventuais condições subjetivas favoráveis ao paciente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva. *Precedentes.*

6. Não há que se falar em extensão do benefício da liberdade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

provisória dada a corrêu, quando ausente a similitude fático-jurídica entre a situação do corrêu beneficiado e a do recorrente, uma vez que este é multireincidente e possui maus antecedentes, não se demonstrando, no caso, o preenchimento dos requisitos do art. 580 do Código de Processo Penal.

7. Incorre em indevida supressão de instância, a apreciação direta, pela Corte Superior, de questões que não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem.

8. Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso ordinário em habeas corpus" (fls. 303-304).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 121.791 - RS (2019/0368049-0)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

RECORRENTE : DIOGO BENINI MACHADO (PRESO)

ADVOGADO : MANOEL PEDRO SILVEIRA CASTANHEIRA - RS073823

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. FURTO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE POSSÍVEL PENA A SER APLICADA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. NULIDADE SUPERADA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. PEDIDO DE EXTENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL ENTRE AS PARTES. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

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

II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em **dados concretos extraídos dos autos**, para a **garantia da ordem pública**, notadamente em razão de o recorrente apresentar condenação criminal, tendo o d. juízo processante consignado que: "*Diogo Benini Machado ostenta uma condenação por extorsão com emprego*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*de arma. Além disso, responde a cinco processos pelo crime de estelionato, com denúncias já recebidas", o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o **fundado receio de reiteração delitiva. (Precedentes).***

III - Quanto à alegação de constrangimento ilegal em razão da não realização da audiência de custódia, cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente decidido que *"a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante (HC n. 344.989/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2016).*

IV - No que pertine à existência de excesso de prazo na formação da culpa, ressalta-se que tal pedido sequer foi apreciado pelo eg. Tribunal de origem, razão pela qual fica impossibilitada esta Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida **supressão de instância.**

V - Quanto à alegação de constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício, verifica-se que o MM. Magistrado de primeiro grau determinou a segregação cautelar do ora recorrente em estreita observância ao art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, sendo assim, não há que se falar em constrangimento ilegal diante da decretação da prisão preventiva do recorrente, vez que resultante de expressa determinação legal.

VI - No que concerne ao pedido de extensão do benefício concedido aos corréus, ressalta-se que **não há identidade fático-processual entre as partes, em razão das peculiaridades quanto às circunstâncias pessoais, que são distintas, notadamente em razão de o ora recorrente apresentar condenação criminal transitada em julgado, enquanto que os corréus não possuem antecedentes criminais.** Sendo assim, não cabe, portanto, a teor do art. 580 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPP, deferir ao ora recorrente o pedido de extensão de benefício de liberdade provisória concedido aos corréus.

VII - A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que: *"Não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus"* (HC 187.669/BA, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma**, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)" (RHC n. 71.563/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 9/8/2016).

VIII - Não é cabível a aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, **in casu**, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): Pretende o recorrente, **em síntese**, por meio do presente recurso ordinário, o reconhecimento da ausência de fundamentação da r. decisão de primeira instância que decretou sua prisão preventiva, bem como excesso de prazo na formação da culpa.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (v.g. HC n. 93.498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

Na hipótese, a r. decisão impugnada está fundamentada nos seguintes termos, **in verbis**:

"HOMOLOGO o auto de prisão em flagrante pelo crime de furto qualificado (todos os autuados), na sua forma tentada, eis que está configurada a situação de flagrância e porque foram observadas as formalidades legais.

*Consta que uma pessoa compareceu na Brigada Militar de Arvorezinha, informando que haviam tentado arrombar o salão comunitário da Linha Quarta Baixa e que os agentes estavam em um Vectra de cor preta. Ao começarem as buscas, encontraram o veículo na estrada de acesso à Linha Quarta Baixa, tripulado pelos autuados. Em revista ao carro utilizado, encontraram uma chave de roda com sinal de tijolo. **As testemunhas do fato, moradores da comunidade, reconheceram Balduino e Diogo como os indivíduos que tentaram efetuar o furto.** Relata-se, ainda, que os indivíduos escalaram uma parede de três metros de altura até alcançarem o telhado do salão, tendo quebrado seis tijolos para poderem acessar o interior do local, e que ao tentar abrir a porta de acesso ao bar do salão o alarme disparou. O alarme chamou atenção dos moradores, os quais avistaram Balduino e Diogo entrando no veículo para fugir na seqüência.*

Passo à análise da necessidade de manutenção da prisão dos flagrados.

Verifico que estão presentes os requisitos da prisão preventiva em relação aos autuados Diogo e Rosinei.

Diogo Benini Machado ostenta uma condenação por extorsão com emprego de arma. Além disso, responde a cinco processos pelo crime de estelionato, com denúncias já recebidas.

A prática/envolvimento reiterado em crimes revela periculosidade social, indicando que voltará a delinquir se for posto em liberdade, colocando, dessa forma, em risco a ordem pública.

O réu Rosinei Alves Garcia, por sua vez, estava foragido, e apresenta duas condenações anteriores, por disparo de arma de fogo e tráfico ilícito de entorpecentes. Ainda, responde a processo por estupro de vulnerável, com denúncia recebida.

A prática/envolvimento reiterado em crimes graves revela, igualmente, periculosidade social, indicando que voltará a delinquir se for posto em liberdade.

*De outro lado, nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão são adequados ao caso, pois insuficientes para conter a propensão criminosa dos autuados **Diogo** e Rosinei e de inibir atos delituosos.*

No entanto, compreendo que não estão presentes os requisitos da prisão preventiva em relação aos autuados Balduino Hilário Pedroso e Wesley da Silva dos Santos, na medida em que não apresentam antecedentes criminais. Não há quanto a estes autuados indicativos concretos de que cometerão novos delitos se forem postos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade.

Quanto ao pedido de realização de audiência de custódia, acosto aos autos cópia do Ofício nº 191/2018, enviada pelo Presídio Estadual de Guaporé para a presente Comarca, bem como para as Comarcas de Guaporé, Casca e Caxias do Sul, em dezembro de 2018, dando conta da realidade enfrentada pelo Presídio e da impossibilidade de apresentação dos presos para as audiências de custódia.

Diante disso, seria inócua a designação da audiência, pois de antemão a administração do presídio de Guaporé informou não ter condições de apresentar os autuados. Cabe registrar que estou em regime de substituição, havendo a necessidade de deslocamento de aproximadamente 85 km desde a Comarca de Arroio do Meio, onde sou juiz titular. Somente o deslocamento de ida e volta consomem meio turno. Neste contexto e diante da comunicação da administração do presídio de Guaporé, não se justifica a designação de audiência de custódia, que está fadada à não realização, com notável prejuízo à atividade jurisdicional pela "perda" de um turno de trabalho.

*Assim, **CONVERTO A PRISÃO EM FLAGRANTE DE DIOGO BENINI MACHADO e ROSINEI ALVES GARCIA EM PRISÃO PREVENTIVA** para garantia da ordem pública" (fls. 141-143, grifei).*

A análise do excerto acima transcrito permite a conclusão de que a decisão do Juízo que determinou a segregação cautelar do paciente encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte sobre o tema, uma vez que fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam a necessidade de **garantia da ordem pública**, notadamente em razão de o recorrente apresentar condenação criminal, tendo o d. juízo processante consignado que: *"Diogo Benini Machado ostenta uma **condenação por extorsão com emprego de arma**. Além disso, responde a **cinco processos pelo crime de estelionato**, com denúncias já recebidas"*, o que revela a probabilidade de repetição de condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o **fundado receio de reiteração delitiva**.

Acerca do tema, cito os seguintes precedentes desta eg. Corte Superior:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ROUBO MAJORADO TENTADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE AUTORIA. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

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.

[...]

5. No presente caso, **a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade do agente, evidenciada por dados de sua vida pregressa, notadamente por responder a outra ação penal. A prisão preventiva, portanto, mostra-se indispensável para conter a reiteração na prática de crimes e garantir a ordem pública.**

6. Nos termos da orientação desta Corte, inquéritos policiais e processos penais em andamento, embora não possam exasperar a pena-base (Súmula 444/STJ), constituem indicativos de risco de reiteração delitiva, justificando a decretação ou a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública.

7. Condições subjetivas favoráveis ao paciente não são impeditivas à decretação da prisão cautelar, caso estejam presentes os requisitos autorizadores da referida segregação. Precedentes.

8. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 394.477/TO, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/5/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, POSSE E GUARDA DE INSTRUMENTOS DESTINADOS À PREPARAÇÃO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE. EXCESSO DE PRAZO PARA O ENCERRAMENTO DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. RECOMENDADA CELERIDADE NA TRAMITAÇÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em assinalar que a determinação de segregar cautelarmente o réu deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP.

2. **O Juízo singular apontou a presença dos vetores contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, em especial a garantia da ordem pública, ante o risco de reiteração delitiva do acusado (que responde a outros processos criminais pela suposta prática**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de furto, homicídio e tráfico de drogas). Há, portanto, elementos hábeis a justificar a segregação cautelar.

3. Por idênticas razões, as medidas cautelares diversas da prisão não constituem instrumentos eficazes para obstar a reiteração da conduta delitiva.

[...]

6. Ordem denegada, com recomendação ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú - CE de que imprima celeridade na tramitação da Ação Penal n. 0001308-13.2016.8.06.0117" (HC n. 372.748/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 24/5/2017, grifei).

No que pertine à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, ressalta-se que tal pedido sequer foi apreciado pelo eg. Tribunal de origem, razão pela qual fica impossibilitada esta Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida **supressão de instância**.

Sobre o tema, os seguintes precedentes:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. [...] ROUBO CIRCUNSTANCIADO. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A alegada falta de fundamentação da decisão que recebeu a denúncia não foi alvo de deliberação pela autoridade apontada como coatora, o que impede o seu exame diretamente por este Sodalício, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.

2. Ainda que assim não fosse, é pacífico neste Sodalício e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão da sua natureza interlocutória.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 354.302/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 14/6/2016).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADES. INVERSÃO DO RITO PROCESSUAL. ART. 55 DA LEI 11.343/06. PREJÚZO NÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO CONSTANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06, EM FRAÇÃO AQUÉM DO MÁXIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

3. No tocante à nulidade concernente à falta de fundamentação da denúncia, a ausência de apreciação da tese pelo Tribunal local impede seu enfrentamento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido, ordem, porém, concedida de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena" (HC n. 309.801/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 12/5/2016).

Quanto à alegação de constrangimento ilegal, em razão da prisão preventiva ter sido decretada de ofício, sem requerimento ou representação da autoridade policial ou do Ministério Público na fase pré-processual, em afronta ao texto do art. 313, I, do Código de Processo Penal, tenho que o recurso não merece prosperar.

Para delimitar a **questio**, transcrevo o seguinte excerto do decreto prisional primevo:

"HOMOLOGO o auto de prisão em flagrante pelo crime de furto qualificado (todos os autuados), na sua forma tentada, eis que está configurada a situação de flagrância e porque foram observadas as formalidades legais.

Consta que uma pessoa compareceu na Brigada Militar de Arvorezinha, informando que haviam tentado arrombar o salão comunitário da Linha Quarta Baixa e que os agentes estavam em um Vectra de cor preta. Ao começarem as buscas, encontraram o veículo na estrada de acesso à Linha Quarta Baixa, tripulado pelos autuados. Em revista ao carro utilizado, encontraram uma chave de roda com sinal de tijolo. As testemunhas do fato, moradores da comunidade, reconheceram Balduino e Diogo como os indivíduos que tentaram efetuar o furto. Relata-se, ainda, que os indivíduos escalaram uma parede de três metros de altura até alcançarem o telhado do salão, tendo quebrado seis tijolos para poderem acessar o interior do local, e que ao tentar abrir a porta de acesso ao bar do salão o alarme disparou. O alarme chamou atenção dos moradores, os quais avistaram Balduino e Diogo entrando no veículo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fugir na seqüência.

Passo à análise da necessidade de manutenção da prisão dos flagrados.

Verifico que estão presentes os requisitos da prisão preventiva em relação aos autuados Diogo e Rosinei.

[...]

De outro lado, nenhuma das medidas cautelares alternativas à prisão são adequados ao caso, pois insuficientes para conter a propensão criminosa dos autuados Diogo e Rosinei e de inibir atos delituosos" (fls. 141-143, grifei).

Da análise do excerto acima transcrito, verifica-se que o MM Magistrado de primeiro grau determinou sua segregação cautelar em estreita observância ao art. 310, inciso II, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

"Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

[...]

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão" (grifei).

Assim, não há que se falar em constrangimento ilegal diante da decretação da prisão preventiva do recorrente, vez que resultante de expressa determinação legal.

Quanto à alegação de constrangimento ilegal em razão da não realização da audiência de custódia, cumpre consignar que a jurisprudência desta Corte tem reiteradamente decidido que *"a não realização da audiência de custódia, por si só, não é apta a ensejar a ilegalidade da prisão cautelar imposta ao paciente, uma vez respeitados os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Ademais, operada a conversão do flagrante em prisão preventiva, fica superada a alegação de nulidade na ausência de apresentação do preso ao Juízo de origem, logo após o flagrante (HC n. 344.989/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 28/4/2016).*

No que concerne ao **pedido de extensão do benefício concedido aos corréus**, melhor sorte não socorre o recorrente. Isso porque a situação fático-processual do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ora recorrente diverge da situação do corréu ao qual foi concedido o benefício. Nesse sentido, colhe-se do v. acórdão objurgado:

"Considerando a ausência de antecedentes criminais dos corréus Balduino e Wesley, foi concedida a ambos a liberdade provisória, mediante o cumprimento de condições.

Diferente é a situação presente paciente, o qual apresenta condenação criminal transitada em julgado, além de vários processos com denúncia recebida.

Ademais, Diogo se encontra cumprindo pena junto a Vara de Execuções Criminais da Comarca de Soledade, possuindo PEC ativo distribuído sob o n.º 7040133, o que denota ainda mais a impossibilidade do deferimento da medida.

Assim, considerando a necessidade da análise isolada da situação de cada um dos corréus, vê-se que, diante das particularidades do caso concreto, é inviável a extensão da concessão da liberdade, pois distintas as condições objetivas e subjetivas de cada um" (fl. 232, grifei).

Ressai do excerto transcrito que **não há identidade fático-processual entre as partes, notadamente em razão das peculiaridades quanto às circunstâncias pessoais, que são distintas, notadamente em razão de o ora recorrente apresentar condenação criminal transitada em julgado, enquanto que os corréus não possuem antecedentes criminais.** Sendo assim, não cabe, portanto, a teor do art. 580 do CPP, deferir ao ora recorrente o pedido de extensão de benefício de liberdade provisória concedido ao corréu.

Nesse sentido:

"PEDIDO DE EXTENSÃO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTELIONATO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE DA SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL. PEDIDO INDEFERIDO.

1. A teor do art. 580 do Código de Processo Penal, o deferimento do pedido de extensão exige que o corréu esteja na mesma condição fático-processual daquele já beneficiado.

2. No caso, o requerente foi preso mais de um ano após a prisão do corréu, inclusive após o julgamento do writ originário, contexto que demonstra a ausência de similitude fática entre ambos quanto a alegação de excesso de prazo, reconhecida pela Quinta Turma em relação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao recorrente. Precedentes.

3. *Pedido de extensão indeferido*" (PExt no RHC 64.880/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 23/8/2017, grifei).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PROGRESSÃO DE REGIME. TEMA NÃO APRECIADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PARTICIPAÇÃO DE ADOLESCENTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ART. 580 DO CPP. NÃO APLICAÇÃO. IDENTIDADE FÁTICO-PROCESSUAL. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. *Não se conhece matéria relativa à progressão de regime para o cumprimento da pena, pois o tema não apreciados pelo acórdão impugnado, sob pena de indevida supressão de instância.*

2. *Apresentada fundamentação concreta para a manutenção da prisão preventiva, evidenciada na gravidade em concreto do crime, explicitada pelas circunstâncias do delito, praticada em concurso de agentes e com o auxílio de um adolescente, não se há falar em ilegalidade do decreto prisional.*

3. *Não havendo identidade de situações fático-processuais entre os corréus, não cabe, a teor do art. 580 do CPP, deferir pedido de extensão de benefício obtido por determinado corréu.*

4. *Recurso em habeas corpus improvido*" (RHC 94.594/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 21/5/2018).

Deve-se ressaltar que não se presta a via do **habeas corpus** para análise de desproporcionalidade da prisão em face de eventual condenação do réu, uma vez que tal exame só poderá ser realizado pelo Juízo de primeiro grau, após cognição exauriente de fatos e provas do processo, a fim de definir, se for o caso, a pena e o regime a serem aplicados.

Nesse sentido, *"não prospera a assertiva de que a custódia cautelar é desproporcional à futura pena do paciente, pois só a conclusão da instrução criminal será capaz de revelar qual será a pena adequada e o regime ideal para o seu cumprimento, sendo inviável essa discussão nesta ação de Habeas Corpus"* (HC 187.669/BA, Rel. Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, **Quinta Turma**, julgado em 24/05/2011, DJe 27/06/2011)" (RHC n. 71.563/MG, **Sexta Turma**, Rel^a. Ministra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2016, DJe de 9/8/2016).

Por fim, ressalta-se, que **in casu**, não há hipótese de aplicação das medidas cautelares alternativas à prisão, haja vista estarem presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, consoante determina o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pelo provimento do presente recurso.

Ante o exposto, **nego provimento ao recurso ordinário em habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0368049-0

RHC 121.791 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00015168020198210082 02820702220198217000 15168020198210082
2820702220198217000 70083101618

EM MESA

JULGADO: 11/02/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DIOGO BENINI MACHADO (PRESO)
ADVOGADO : MANOEL PEDRO SILVEIRA CASTANHEIRA - RS073823
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.