



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.804 - SP (2015/0112772-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : JOSE NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL BARBOSA MACHADO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PRISÃO PREVENTIVA. RÉU PRESO DURANTE TODO O PROCESSO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FUNDAMENTOS. COMPATIBILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR COM O REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, ressalvando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

– Não há ilegalidade na negativa do direito de recorrer em liberdade ao réu que permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos da prisão cautelar. Ademais, a decisão que decretou a prisão preventiva foi juntada aos presentes autos de forma incompleta, impossibilitando qualquer discussão acerca dos seus fundamentos.

– Apesar de não haver incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a negativa do direito de recorrer em liberdade, há a possibilidade de se iniciar a execução provisória da sentença, com recolhimento do apenado em estabelecimento prisional compatível com esse regime. Ressalva do entendimento pessoal do relator.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar a execução provisória da pena, nos termos do voto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília, 06 de outubro de 2015(Data do Julgamento).

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.804 - SP (2015/0112772-7)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : JOSE NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO

ADVOGADO : JOSÉ NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : RAFAEL BARBOSA MACHADO (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de RAFAEL BORBOSA MACHADO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante pela prática do delito de roubo circunstanciado. A custódia foi convertida em preventiva. Na fase judicial, o magistrado de primeiro grau condenou-o à 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade (Ação Penal n. 0081193-96.2014.8.26.0050 - Controle n. 1691-14).

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs apelação (pendente de julgamento) e impetrou o *writ* originário buscando a revogação da prisão cautelar (HC n. 2014072-36.2015.8.26.0000). A ordem foi denegada nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS - ALEGAÇÃO DE QUE O PACIENTE SOFRE CONSTRANGIMENTO ILEGAL, POSTO QUE LHE FOI NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, TODAVIA SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO.

CONDENAÇÃO ESTRIBADA NOS TERMOS DO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP.

SUPPLICANTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO, A RECOMENDAR A SUA SEGREGAÇÃO EM FASE RECURSAL - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 324, IV, E 387, § ÚNICO, DO CPP.

ÉDITO CONDENATÓRIO QUE SE MOSTRA DEVIDAMENTE MOTIVADO.

Ordem denegada (fl. 63).

No presente *writ*, o recorrente sustenta que não estão presentes os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos da prisão preventiva (art. 312 do Código de Processo Penal), bem como a custódia cautelar é incompatível com o regime semiaberto fixado na sentença de primeiro grau. Assim, requer o direito de apelar em liberdade.

Liminar indeferida às fls. 74/75.

Informações prestadas às fls. 79/93 e 95/102.

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 106/110, opinando pela *manutenção da prisão preventiva, com a concessão parcial da ordem apenas para que a cumpra em regime semiaberto.*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 323.804 - SP (2015/0112772-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Consta dos autos que o paciente e um comparsa, com uso de arma de fogo, abordaram a vítima em um semáforo e roubaram-lhe a motocicleta. Algumas horas depois, o paciente foi preso em flagrante. O magistrado converteu a custódia em prisão preventiva e, posteriormente, indeferiu pedido de sua revogação. Essas decisões foram juntadas aos presentes autos de forma incompleta, impossibilitando qualquer discussão acerca de seus fundamentos (fls. 19/21). Por último, a custódia foi mantida na sentença condenatória nos seguintes termos:

Uma vez que o acusado permaneceu preso durante a instrução, não se justifica sua libertação agora que condenado, e no regime inicial semiaberto, o que seria verdadeiramente paradoxal e contraditório, até mesmo porque, obviamente, subsistem as razões que ensejaram sua custódia cautelar, evidentemente agravadas pela condenação, consoante pacífica orientação dos nossos Tribunais Superiores: "(...) 3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade ao réu que não faz jus à liberdade provisória, em razão do entendimento 'de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar' (STF - HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Min. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08). 4. Ordem denegada. (STJ, HC 184833/MG, 5ª Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 04/05/2011)". Aliás, essa questão somente acaba discutida em um sistema processual penal absolutamente surreal e desconexo como o brasileiro, dado seu conflito com a lógica em seu aspecto mais elementar. Por essa razão, nego a possibilidade de eventualmente recorrer desta sentença em liberdade, determinando seja expedido mandado de prisão (fls. 33/34).

Nesse contexto, esta Corte possui o entendimento de que "não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante a instrução do processo, pois a manutenção da segregação constitui um dos efeitos da respectiva condenação, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar" (HC 245.975/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, DJe 7/12/2012). Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO AO REMÉDIO HERÓICO. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. **PRESENÇA DOS REQUISITOS DA PRISÃO CAUTELAR. PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL.** REGIME SEMIABERTO. VIABILIDADE DA VEDAÇÃO IMPOSTA. RECURSO IMPROVIDO.

1. **É assente na jurisprudência deste Tribunal Superior o entendimento de que permanecendo o paciente segregado durante toda a instrução criminal, tendo o Juízo de Primeiro Grau e o Tribunal a quo entendido por sua manutenção no cárcere, ante a persistência dos requisitos previstos no art. 312 do CPP, não deve ser revogada a custódia cautelar se, após a condenação, não houve alteração fática a ponto de autorizar a devolução do seu status libertatis.**

2. Não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 200.169/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 1/8/2012).

Por outro lado, fixado o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, não pode o apenado cumpri-la nas condições estabelecidas aos apenados em regime fechado, pois, assim, estaria em situação mais gravosa do que aquela determinada em sua condenação. Assim, esta Corte firmou o entendimento de que, apesar de não haver incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a negativa do direito de recorrer em liberdade, há a possibilidade de se iniciar a execução provisória da sentença, com recolhimento do apenado em estabelecimento prisional compatível com esse regime. Os benefícios extra-muros, no entanto, dependem do preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na Lei de Execução Penal - LEP, cuja análise cabe ao Juízo da Execução. Confirmam-se, aliás, os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS - ROUBO - PRISÃO CAUTELAR - SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - MANUTENÇÃO - **FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO - COMPATIBILIDADE - TRÂNSITO EM JULGADO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO - EXECUÇÃO PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE** - BENEFÍCIOS - RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há incompatibilidade entre o regime fixado e a prisão cautelar, visto que, a par das diferenças de fundamento de uma e outra prisão, o regime semiaberto se inicia com o recolhimento do condenado a um estabelecimento prisional, que somente passa a gozar de benefícios extra-muros (saídas temporárias, trabalho externo, etc), com a análise objetiva e subjetiva dos requisitos previstos na LEP, em decisão do Juízo da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Execução Penal.

2. Mantida a prisão preventiva do sentenciado, não há que se falar em adaptação da cautelaridade da custódia ao regime semiaberto e tampouco aos benefícios a ele inerentes, visto serem instrumentos de natureza e objetivos distintos.

3. **Nada impede que se autorize o início da execução provisória da sentença (artigo 2º, parágrafo 2º, da L. 7210/84), perante o juízo próprio, se já transitado, para a acusação, o decreto condenatório, de modo a poder progredir de regime e/ou obter benefícios que lhe permitam gozar, parcial ou totalmente, a postulada liberdade.**

4. Logo, nada há de ilegal na decisão judicial que, no corpo da sentença condenatória, ratifica a prisão provisória, indicando, concreta e fundamentadamente, as exigências cautelares listadas no art. 312 do Código de Processo Penal, mantendo a custódia de quem permaneceu preso durante todo o processo, mesmo tendo sido ele condenado a iniciar o cumprimento de sua pena no regime semiaberto.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RHC 45.085/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 1/4/2014, DJe 13/6/2014)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONDENAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O habeas corpus não deve vir como sucedâneo do recurso ordinário cabível.

2. Inviável de ser acolhida, em sede de habeas corpus, matéria que exige produção e revolvimento de prova, especialmente a referente à não ocorrência de crime.

3. No caso, está devidamente fundamentada a decisão que manteve a prisão cautelar do paciente, com a indicação de elementos objetivos que justificam sua imposição (periculosidade concreta do agente e risco fundado de reiteração delitiva).

4. **Não há incompatibilidade entre a negativa de recorrer em liberdade e a fixação de regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal e desde que expedida a guia de execução provisória nos termos da Súmula 716/STF, como na espécie.**

5. Writ não conhecido.

(HC 286.470/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 7/10/2014, DJe 28/10/2014)

Não obstante, ressalvo meu entendimento pessoal de que a fixação do regime prisional semiaberto é incompatível com a prisão cautelar, sobretudo em razão das características próprias desse regime, que incluem saídas temporárias, trabalho externo etc. Nesse sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. USO DE DOCUMENTO FALSO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO 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 constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC n. 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

II - É incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir a pena no regime inicial diverso do fechado, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

III - A tentativa de compatibilização da custódia cautelar com as regras do regime aberto ou semiaberto, neste caso, implica indevida execução provisória da pena. (Precedentes do STF).

Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, substituindo-a por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, do Código de Processo Penal, cujos critérios deverão ser fixados pelas instâncias ordinárias.

(RHC 52.407/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2014, DJe 18/12/2014).

A despeito de tais considerações, acolho o posicionamento dominante desta Turma no sentido de que o regime prisional intermediário é compatível com a prisão cautelar.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, contudo, concedo a ordem de ofício apenas para determinar a execução provisória da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0112772-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 323.804 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00811939620148260050 169114 16912014 20140723620158260000 811939620148260050

EM MESA

JULGADO: 06/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOSE NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO
ADVOGADO : JOSÉ NIVALDO SOUZA AZEVEDO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL BARBOSA MACHADO (PRESO)

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

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.