



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete da Presidência
Centro de Estudos e Debates - CEDES

Ofício CEDES nº 07/2017

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2017

Senhora Vice-Presidente,

O **Centro de Estudos e Debates - CEDES**, após a edição da Resolução TJ/OE/RJ nº 10/2016, de 04 de abril de 2016, ficou encarregado de deflagrar o procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de verbete sumular, na forma do *caput* do art. 122, do Regimento Interno, cuja redação passou a ser a seguinte:

Art. 122. O procedimento será deflagrado pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça de ofício ou por meio de sugestão fundamentada de qualquer Magistrado, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Ordem dos Advogados do Brasil ou de órgão da Advocacia Pública, instruída com precedentes que demonstrem a condição prevista no artigo anterior.

Estabelecido o rito dessa atividade, foi concedido a cada Desembargador o prazo de dez dias para manifestação (§2º, do art. 122, do Regimento Interno), prazo este expirado no dia *17 de maio de 2017*, para as três propostas de **inclusão** de enunciados, formuladas pelo eminente Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos e que vão anexadas a este expediente.

Sendo assim, solicito a Vossa Excelência a distribuição do presente procedimento a um Desembargador com assento no Órgão Especial, para que o processe na forma regimental.

Aproveito o ensejo para renovar meus protestos de elevada consideração.

Des. CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA
Diretor-Geral do CEDES

Excelentíssima Senhora
Desembargadora ELISABETE FILIZZOLA ASSUNÇÃO
1ª Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro



GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Proposta de enunciado

Proponente: *Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos*
2ª Vara Criminal de Jacarepaguá

1 - A primariedade, os bons antecedentes, o exercício de atividade laborativa, a residência fixa e outras circunstâncias subjetivas favoráveis, por si sós, não são elementos aptos a afastar a prisão cautelar, se presentes os seus pressupostos legais. (1)

Justificativa: Os requisitos para que seja decretada a prisão cautelar são os previstos nos artigos 312, 313, 314 e 315 do Código de Processo Penal (no caso de prisão preventiva) e os previstos nos artigos 1º e 2º da Lei nº. 7.960 de 21 de dezembro de 1989 e artigo 2º, §4º, da Lei nº. 8.072, de 1990 (no caso de prisão temporária), os quais, se presentes, podem justificar a decretação da custódia cautelar, ainda que as condições subjetivas do indiciado sejam favoráveis, uma vez que estas não são previstas por si sós como causa legal obstativa da prisão.

Precedentes: **Supremo Tribunal Federal:** Habeas Corpus nº. 98015-SP, julgamento realizado em 25/08/2009, Relatora: Ministra Ellen Gracie; HC 108.314/MA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 5.10.2011, julgamento: 13/09/2011; HC 106.816/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 20.6.2011, julgamento: 31/05/2011. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** HC 009477-86.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio Tavares de Oliveira Junior, 8ª Câmara Criminal, julgamento: 30/03/2016; HC 0010252-38.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 28/04/2015; HC 0011382-29.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Zveiter, 1ª Câmara Criminal, julgamento: 05/04/2016; HC 0051772-75.2015.8.19.0000, Rel. Des. Francisco José de Asevedo, 4ª Câmara Criminal, julgamento: 13/10/2015; HC 0062830-75.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, 3ª Câmara Criminal, julgamento: 15/12/2015.

2 - Se as circunstâncias da prática do crime indicam, pelo modus operandi, a gravidade concreta do delito, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes as provas da materialidade e da autoria. (4)

Justificativa: A forma pela qual o delito foi praticado e o modo de agir adotado pelo indiciado constituem circunstâncias objetivas e concretas ligadas à prática do crime capazes de revelar o risco do agente para a ordem pública. Por isso mesmo, desde que presentes os demais requisitos da custódia cautelar (comprovação da



materialidade e demonstração de indícios suficientes de autoria), e uma vez demonstrada a gravidade concreta do delito a partir do *modus operandi* nele empregado, justifica-se a decretação ou manutenção da prisão preventiva.

Precedentes: **Supremo Tribunal Federal:** HC 105.043/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 06.5.2011, julgamento: 12/04/2011; HC 102.449/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 22.10.2010, julgamento: 21/09/2010; HC 97.688/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 27.11.2009, julgamento: 27/10/2009. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** HC 0006965-67.2015.8.19.0000, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, 7ª Câmara Criminal, julgamento: 17/03/2015; HC 0004768-13.2013.8.19.0000, Rel. Des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, 5ª Câmara Criminal, julgamento: 02/05/2013; HC 0006862-60.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 17/03/2015; HC 0033875-34.2015.8.19.0000, Rel. Des. Marcus Basílio, 1ª Câmara Criminal, julgamento: 04/08/2015; HC 0044761-92.2015.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, 3ª Câmara Criminal, julgamento: 20/10/2015.

3 – É cabível a manutenção da prisão cautelar, na sentença condenatória recorrível, quando fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, devendo o réu ser transferido para estabelecimento prisional correspondente. (10)

Justificativa: A fixação de regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade não afasta, por si só, a necessidade de manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória recorrível. A avaliação acerca da necessidade da custódia cautelar é informada por critérios diversos daqueles empregados na definição do regime inicial de cumprimento da pena, e não é possível confundir a prisão para cumprimento de pena com a prisão cautelar. Todavia, a execução provisória da sentença condenatória recorrível permite ao sentenciado o cumprimento da prisão cautelar em estabelecimento compatível com o regime inicial fixado na sentença, para o qual deve ser imediatamente transferido.

Precedentes: **Superior Tribunal de Justiça:** RHC 36.040/MG. Relator: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013, Superior Tribunal de Justiça. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:** HC 0006465-30.2017.8.19.0000, Relator Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, 8ª. Câmara Criminal, julgamento: 05/04/2017 ; HC n°. 0003230-55.2017.8.19.0000, Relatora Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira, Terceira Câmara Criminal, julgamento: 07/03/2017; Apelação n°. 0000297-19.2016.8.19.0203, Relator Desembargador Luciano Silva Barreto, Quinta Câmara Criminal, julgamento: 26/01/2017.

De: CEDES - Secretaria
Enviado em: quarta-feira, 3 de maio de 2017 18:02
Para: Desembargadores; JDS - TJ/RJ
Assunto: Súmula da Jurisprudência Predominante do TJERJ - Sugestão de inclusão de verbetes sumulares
Anexos: Propostas de enunciados do Grupo Criminal I (Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos).pdf
Categorias: Categoria Verde

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Estudos e Debates – CEDES

Rio de Janeiro, 03 de maio de 2017

Prezado(a) Colega,

Nos termos do art. 122, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, o Centro de Estudos e Debates deflagrará procedimento administrativo, com vistas à inclusão de enunciados sumulares sugeridos pelo eminente Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos, por constituírem tese uniformemente adotada na interpretação de norma jurídica, confirmada por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal no mesmo sentido (art. 121, do mesmo diploma normativo).

Contudo, antes de dar início ao referido procedimento, “O Centro de Estudos e Debates promoverá, por meio eletrônico, a oportunidade para a manifestação dos Desembargadores, com competência para a matéria em exame, no prazo de 10 (dez) dias” (art. 122, § 2º, do RI).

Na forma das disposições mencionadas, as sugestões apresentadas vêm a ser, então, submetidas a Vossa Excelência, para que, findo o prazo regimental mencionado, o procedimento possa ser encaminhado à Primeira Vice-Presidência para fins de distribuição.

Solicito, em caso de manifestação, que esta seja remetida para o e-mail cedes@tjrj.jus.br.

Cordiais Saudações,

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Diretor-Geral do CEDES

De: Des. Kátia Maria Amaral Jangutta
Enviado em: quarta-feira, 3 de maio de 2017 18:13
Para: CEDES - Secretaria
Assunto: RES: Súmula da Jurisprudência Predominante do TJERJ - Sugestão de inclusão de verbetes sumulares

Categorias: Categoria Verde

Caro Des. Caetano, estou de acordo com os Enunciados.

Abs.

Katia Maria

De: CEDES - Secretaria
Enviada em: quarta-feira, 3 de maio de 2017 18:02
Para: Desembargadores <desembargadores@tjrj.jus.br>; JDS - TJ/RJ <jds-tjrj@tjrj.onmicrosoft.com>
Assunto: Súmula da Jurisprudência Predominante do TJERJ - Sugestão de inclusão de verbetes sumulares

Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Estudos e Debates – CEDES

Rio de Janeiro, 03 de maio de 2017

Prezado(a) Colega,

Nos termos do art. 122, *caput*, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, o Centro de Estudos e Debates deflagrará procedimento administrativo, com vistas à inclusão de enunciados sumulares sugeridos pelo eminente Juiz Aylton Cardoso Vasconcellos, por constituírem tese uniformemente adotada na interpretação de norma jurídica, confirmada por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal no mesmo sentido (art. 121, do mesmo diploma normativo).

Contudo, antes de dar início ao referido procedimento, “O Centro de Estudos e Debates promoverá, por meio eletrônico, a oportunidade para a manifestação dos Desembargadores, com competência para a matéria em exame, no prazo de 10 (dez) dias” (art. 122, § 2º, do RI).

Na forma das disposições mencionadas, as sugestões apresentadas vêm a ser, então, submetidas a Vossa Excelência, para que, findo o prazo regimental mencionado, o procedimento possa ser encaminhado à Primeira Vice-Presidência para fins de distribuição.

Solicito, em caso de manifestação, que esta seja remetida para o e-mail cedes@tjrj.jus.br.

Cordiais Saudações,

Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Diretor-Geral do CEDES

De: Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa
Enviado em: segunda-feira, 15 de maio de 2017 12:48
Para: CEDES - Secretaria
Assunto: ENC: propostas de súmulas na área criminal
Anexos: CEDES .criação.enunciado.manutenção.cautelar.regime.semiaberto.doc; CEDES .criação.enunciado.prisão.cautelar.doc; CEDES .criação.enunciado.gravidade.concreta.delito.prisão.cautelar.doc

Categorias: Categoria Verde

De: Des. Nagib Slaibi Filho
Enviada em: sábado, 13 de maio de 2017 18:45
Para: Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa <caetanoernesto@tjrj.jus.br>; Juízes <juizes@tjrj.jus.br>; Desembargadores <desembargadores@tjrj.jus.br>; Luciana Coelho Tavares Fuse <lucianact@tjrj.jus.br>; Jacinta Gomes Fernandes <jacinta@tjrj.jus.br>
Assunto: propostas de súmulas na área criminal

Estimado Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa,
Digníssimo Diretor Geral do CEDES,

Remeto, em anexo, os votos do signatário sobre as propostas de súmulas que nos foram remetidas para manifestações, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal.

Cordialmente,
Nagib Slaibi

CEDES

Proposta de Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

A primariedade, os bons antecedentes, o exercício de atividade laborativa, a residência fixa e outras circunstâncias subjetivas favoráveis, por si sós, não são elementos aptos a afastar a prisão cautelar, se presentes os seus pressupostos legais.

Justificativa:

Os requisitos para que seja decretada a prisão cautelar são os previstos nos artigos 312, 313, 314 e 315 do Código de Processo Penal (no caso de prisão preventiva) e os previstos nos artigos 1º. e 2º. da Lei nº. 7.960 de 21 de dezembro de 1989 e artigo 2º, §4º, da Lei nº. 8.072, de 1990 (no caso de prisão temporária), os quais, se presentes, podem justificar a decretação da custódia cautelar, ainda que as condições subjetivas do indiciado sejam favoráveis, uma vez que estas não são previstas por si sós como causa legal obstativa da prisão.

Precedentes: Supremo Tribunal Federal: Habeas Corpus nº. 98015-SP, julgamento realizado em 25/08/2009, Relatora: Ministra Ellen Gracie; HC 108.314/MA, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 5.10.2011, julgamento: 13/09/2011; HC 106.816/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 20.6.2011, julgamento: 31/05/2011. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: HC 009477-86.2016.8.19.0000, Rel. Des. Cláudio Tavares de Oliveira Junior, 8ª Câmara Criminal, julgamento: 30/03/2016; HC 0010252-38.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 28/04/2015; HC 0011382-29.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luiz Zveiter, 1ª Câmara Criminal, julgamento: 05/04/2016; HC 0051772-75.2015.8.19.0000, Rel. Des. Francisco José de Asevedo, 4ª Câmara Criminal, julgamento: 13/10/2015;

HC 0062830-75.2015.8.19.0000, Rel. Des. Paulo Rangel, 3ª Câmara Criminal, julgamento: 15/12/2015.

VOTO

Primeiramente voto pela rejeição do enunciado porque o tema já está previsto em lei, e tem entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal.

No entanto por amor ao debate, algumas questões devem ser analisadas com a devida cautela.

Os requisitos para prisão cautelar estão expressamente previstos em lei, quais sejam:

- *artigos 312, 313, 314 e 315 do Código de Processo Penal (Decreto – Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941) - no caso de prisão preventiva.*

Art. 312. 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o).

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto

no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

- *artigos 1º. e 2º. da Lei nº. 7.960 de 21 de dezembro de 1989.*

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, caput, e seu § 2º);
- b) seqüestro ou cárcere privado (art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- c) roubo (art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- d) extorsão (art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º);
- e) extorsão mediante seqüestro (art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º);
- f) estupro (art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- g) atentado violento ao pudor (art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único);
- h) rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único);
- i) epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);
- j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, caput, combinado com art. 285);
- l) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal;
- m) genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), em qualquer de sua formas típicas;
- n) tráfico de drogas (art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976);
- o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).
- p) crimes previstos na Lei de Terrorismo. (Incluído pela Lei nº 13.260, de 2016)

Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

§ 1º Na hipótese de representação da autoridade policial, o Juiz, antes de decidir, ouvirá o Ministério Público.

§ 2º O despacho que decretar a prisão temporária deverá ser fundamentado e prolatado dentro do prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contadas a partir do recebimento da representação ou do requerimento.

§ 3º O Juiz poderá, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público e do Advogado, determinar que o preso lhe seja apresentado, solicitar informações e esclarecimentos da autoridade policial e submetê-lo a exame de corpo de delito.

§ 4º Decretada a prisão temporária, expedir-se-á mandado de prisão, em duas vias, uma das quais será entregue ao indiciado e servirá como nota de culpa.

§ 5º A prisão somente poderá ser executada depois da expedição de mandado judicial.

§ 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal.

§ 7º Decorrido o prazo de cinco dias de detenção, o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo se já tiver sido decretada sua prisão preventiva.

- *artigo 2º, §4º, da Lei nº. 8.072, de 1990 (no caso de prisão temporária).*

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: (Vide Súmula Vinculante)

§ 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

Conforme depreende-se da leitura do artigo, são requisitos da prisão cautelar prevista no art. 312 do CPP:

- garantia da ordem pública
- garantia da ordem econômica
- por conveniência da instrução criminal
- para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão cautelar se justifica quando a conduta imputada ao acusado se revela grave, capaz de gerar repercussão danosa no meio social, o que torna indispensável a prisão provisória para a garantia da ordem pública, já tão atingida por fatos semelhantes, que causam grande indignação em toda a sociedade.

A indicação de elementos efetivos no tocante à necessidade de **garantia da ordem pública**, em razão da gravidade da conduta do acusado, constitui motivação satisfatória à concessão da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal.

Como leciona JULIO FABBRINI MIRABETE, “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”¹

Traga-se à colação, ainda, o escólio de Guilherme de Souza Nucci²

“... A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira

1 MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 690.

2 NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011* – 2ª. ed.- São Paulo- Revista dos Tribunais, 2012, págs. 84/85.

destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa

(...) A gravidade concreta do delito espelha-se pelo fato e suas circunstâncias e conseqüências (...)."

A medida cautelar também existe para garantir a **aplicação da lei penal**.

Ademais, é cediço que a fundamentação das decisões emanadas do Poder Judiciário qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia, cuja inobservância traduz grave transgressão de natureza constitucional, que afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial.

A custódia provisória mostra-se necessária também por **conveniência da instrução criminal**.

A gravidade em concreto do crime, bem como o *modus operandi*, evidenciam o grau de reprovabilidade da conduta imputada ao acusado, cuja liberdade pode colocar em risco o desenvolvimento da instrução criminal.

Assim, a prisão cautelar justifica-se desde que demonstrada a sua real necessidade (HC 90.862/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312, do Código de Processo Penal, não bastando, frise-se, a mera explicitação textual de tais requisitos (HC 92.069/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 09/11/2007).

Impõe-se ressaltar que a custódia cautelar do acusado não ofende o **princípio da presunção de inocência**, porquanto a prisão a que foi submetido constitui uma forma de assegurar a efetividade do processo penal, e não se confunde com a prisão proveniente de condenação, cuja finalidade precípua se restringe à repressão e

ressocialização do apenado, com vistas a impedi-lo de voltar a delinquir, o que evidencia a ausência de violação à ordem constitucional.

Soma-se a isso o fato de que o objetivo do aludido princípio se estringe, precipuamente, a conferir o ônus da prova à acusação, evitando-se que alguém seja declarado culpado mediante uma sentença condenatória transitada em julgado, sem a devida comprovação da autoria delitiva.

Quanto à questão trazida à baila, entende-se que as condições pessoais, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não obstam à manutenção da segregação, considerando que os mesmos devem ser aferidos em cotejo com as demais provas dos autos, conforme pacificada jurisprudência, a saber:

0013396-59.2011.8.19.0000 - HABEAS CORPUS - 1ª
Ementa - DES. M.SANDRA KAYAT DIREITO -
Julgamento: 07/06/2011 - QUARTA CAMARA CRIMINAL
EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE
QUALIFICADO- ART 121, §2º, INCISOS II E IV, DO
CÓDIGO PENAL - PRISÃO PREVENTIVA. NÃO
OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
DECISÃO BEM FUNDAMENTADA. **PRESENTES OS
REQUISITOS ENSEJADORES DA PRISÃO
CAUTELAR: MATERIALIDADE, INDÍCIOS
SUFICIENTES DE AUTORIA, GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL -
ALEGAÇÃO DE PRIMARIEDADE, BONS
ANTECEDENTES E RESIDÊNCIA FIXA, POR SI SÓ,
NÃO OBSTA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO** - Alega o
impetrante que o paciente estaria sofrendo
constrangimento ilegal, por ter tido prisão
preventiva decretada em seu desfavor em 20/09/2010
e mantida na decisão de pronúncia, sem motivo

justificável, já que ausentes os pressupostos para sua decretação. No caso em tela, a prisão se justifica por garantia da ordem pública, pois além da gravidade do crime, o réu é policial militar e como tal deveria zelar pela aplicação da lei e pela paz social e para a garantia da instrução criminal, já que uma das testemunhas declarou expressamente que prestou informações falsas na primeira vez em que foi ouvida em sede policial, temendo a sua integridade física e a de seus familiares. A alegação de que o paciente é primário, possuidor bons antecedentes e residência fixa, por si só, não obsta a decretação da prisão cautelar. Demais matérias trazidas pelo impetrante dizem respeito ao mérito da causa, não encontrando sede para discussão na via estreita do writ. Dessa forma, a decisão está muito bem fundamentada, para garantir da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. ORDEM DENEGADA.

O STF no julgamento do HC 112.642 proferido Relator Ministro Joaquim Barbosa, integrante da Segunda Turma (DJ de 10.08.12), entendeu que à custódia cautelar no que diz respeito a primariedade, os bons antecedentes, a residência fixa e a profissão lícita são circunstâncias pessoais que, de *per se*, não são suficientes ao afastamento do acautelamento preventivo quando a custódia se demonstrar necessária e for devidamente justificada pelo juízo competente para sua decretação, o que efetivamente pode ser verificado nos autos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é neste sentido: 'Prisão Preventiva - Clamor Público - Pacífico o entendimento no STJ de que nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa são motivos a obstar a declaração da excepcional medida,

se presentes os pressupostos para tanto. O clamor público, no caso, comprova-se pela repulsa profunda gerada no meio social...!."

Importante ressaltar que o Informativo 221 do STF, surgiu por conta do HC 80719 com relatoria do Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/06/2001, cuja transcrição segue abaixo:

Prisão Preventiva e Fundamentação (Transcrições) HC 80.719-SP (medida liminar), Relator: MIN. CELSO DE MELLO DECISÃO:

[...]

A jurisprudência do STJ é neste sentido: 'Prisão Preventiva - Clamor Público - Pacífico o entendimento no STJ de que nem sempre as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes e residência fixa são motivos a obstar a declaração da excepcional medida, se presentes os pressupostos para tanto. O clamor público, no caso, comprova-se pela repulsa profunda gerada no meio social...!.'" (grifei)

[...]

Registre-se, ainda, que a mera condição de primariedade do paciente não pré-exclui, só por si, a possibilidade de decretação da medida cautelar constritiva da liberdade individual (RTJ 99/651 - RT 649/275 - RT 662/347). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, tem acentuado, de maneira inequívoca, que: "A mera condição de primariedade do agente, a circunstância de este possuir bons antecedentes e o fato de exercer atividade profissional lícita não pré-excluem, só por si, a possibilidade jurídica de decretação da sua prisão cautelar (RTJ 99/651 - RT 649/275 - RT 662/347), pois os fundamentos que autorizam a prisão preventiva - garantia da ordem pública ou da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou necessidade de assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312) - não são neutralizados pela só existência daqueles fatores de ordem pessoal, notadamente quando a decisão que ordena a privação cautelar da liberdade individual encontra

suporte idôneo em elementos concretos e reais que se ajustam aos pressupostos abstratos definidos em sede legal e que demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito poderá frustrar a consecução daqueles objetivos." (HC 79.857-PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO) "A primariedade, os bons antecedentes e a existência de emprego não impedem seja decretada a prisão preventiva, porquanto os objetivos a que esta visa (garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal ou segurança da aplicação da lei penal) não são necessariamente afastados por aqueles elementos. O que é necessário é que o despacho - como ocorre no caso - demonstre, com base em fatos, que há possibilidade de qualquer destas finalidades não ser alcançada se o réu permanecer solto." (RTJ 121/601, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei).

Presente esse contexto, cabe verificar se os fundamentos subjacentes à decisão ora questionada ajustam-se, ou não, ao magistério jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal no exame do instituto da prisão preventiva. É inquestionável que a antecipação cautelar da prisão - qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão temporária, prisão preventiva ou prisão decorrente da sentença de pronúncia) - não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade (RTJ 133/280 - RTJ 138/216 - RTJ 142/855 - RTJ 142/878 - RTJ 148/429 - HC 68.726-DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA). Impõe-se advertir, no entanto, que a prisão cautelar - que não se confunde com a prisão penal (carcer ad poenam) - não objetiva infligir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar "em benefício da atividade desenvolvida no processo penal" (BASILEU GARCIA, "Comentários ao Código de Processo Penal", vol. III/7, item n. 1, 1945, Forense). Isso significa, portanto, que o instituto da prisão cautelar - considerada a função processual que lhe é inerente - não pode ser utilizado com o objetivo

de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, pois, se assim fosse lícito entender, subverter-se-ia a finalidade da prisão preventiva, daí resultando grave comprometimento do princípio da liberdade.

[...]

Publique-se. Brasília, 23 de março de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator. Julgado em 26/06/2001.

Para ilustrar melhor o entendimento adotado pelo STF e STJ tem-se no mesmo sentido, os seguintes julgados: HC 106.474, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJ de 30.03.12; HC 108.314, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 05.10.11; HC 103.460, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 30.08.11; HC 106.816, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 20.06.11; HC 102.354, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 24.05.11, entre outros.

Por tudo exposto, entendo que não há necessidade da criação de uma súmula pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois o Eg. Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, adotam entendimento unânime sobre a matéria.

Nesses termos, rejeito a proposta de enunciado.

Em 11 de maio de 2017.

Desembargador Nagib Slaibi

CEDES

Proposta de Súmulas do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Se as circunstâncias da prática do crime indicam, pelo modus operandi, a gravidade concreta do delito, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes as provas da materialidade e da autoria.

Justificativa:

A forma pela qual o delito foi praticado e o modo de agir adotado pelo indiciado constituem circunstâncias objetivas e concretas ligadas à prática do crime capazes de revelar o risco do agente para a ordem pública. Por isso mesmo, desde que presentes os demais requisitos da custódia cautelar (comprovação da materialidade e demonstração de indícios suficientes de autoria), e uma vez demonstrada a gravidade concreta do delito a partir do modus operandi nele empregado, justifica-se a decretação ou manutenção da prisão preventiva.

Precedentes: Supremo Tribunal Federal: HC 105.043/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 06.5.2011, julgamento: 12/04/2011; HC 102.449/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 22.10.2010, julgamento: 21/09/2010; HC 97.688/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 27.11.2009, julgamento: 27/10/2009. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: HC 0006965- 67.2015.8.19.0000, Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, 7ª Câmara Criminal, julgamento: 17/03/2015; HC 0004768-13.2013.8.19.0000, Rel. Des. Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, 5ª Câmara Criminal, julgamento:

02/05/2013; HC 0006862-60.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rosa Helena Penna Macedo Guita, 2ª Câmara Criminal, julgamento: 17/03/2015; HC 0033875-34.2015.8.19.0000, Rel. Des. Marcus Basílio, 1ª Câmara Criminal, julgamento: 04/08/2015; HC 0044761- 92.2015.8.19.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Nascimento Amado, 3ª Câmara Criminal, julgamento: 20/10/2015.

VOTO

Primeiramente voto pela rejeição do enunciado porque o tema já foi abordado pelo STF e STJ, tendo entendimento consolidado pela Quinta Turma do STJ no Informativo nº 426/2010:

HC. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA. ORDEM PÚBLICA.

A Turma conheceu parcialmente da ordem de habeas corpus e, nessa parte, denegou-a ao entendimento de que o pedido de trancamento da ação penal fundado na irregularidade e ilicitude dos procedimentos realizados durante a investigação, além de ausência de justa causa para a instauração de persecutio criminis, não foi sequer suscitado no Tribunal de origem, ficando impedido este Superior Tribunal de examinar tal questão sob pena de supressão de instância. No que se refere à alegada falta de fundamentação da prisão preventiva, o Min. Relator destacou que, na hipótese, a prisão está satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública.

A prisão preventiva justifica-se desde que demonstrada sua real necessidade com a satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP, não bastando a mera explicitação textual de tais requisitos. Não se exige, contudo, fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, analise a presença, no caso, dos requisitos legais da prisão preventiva.

Assim, o STF tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito, na periculosidade presumida do agente, no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa, ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social. Mas, na hipótese, o paciente é acusado de pertencer à facção criminosa cuja atuação controla o tráfico de entorpecentes de dentro dos presídios e ordena a prática de outros crimes como roubos e homicídios, tudo de forma organizada. De fato, a periculosidade do agente para a coletividade, desde que comprovada concretamente, é apta a manutenção da restrição de sua liberdade.

Precedentes citados do STF: HC 90.862-SP, DJ 27/4/2007; HC 92.069-RJ, DJ 9/11/2007; RHC 89.972-GO, DJ 29/6/2007; HC 90.858-SP, DJ 22/6/2007; HC 90.162-RJ, DJ 29/6/2007; HC 90.471-PA, DJ 14/9/2007; HC 84.311-SP, DJ 8/6/2007; HC 86.748-RJ, DJ 8/6/2007; HC 89.266-GO, DJ 29/6/2007; HC 88.608-RN, DJ 6/11/2006, e HC 88.196-MS, DJ 18/5/2007. HC 134.340-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 9/3/2010.

No entanto por amor ao debate, algumas questões devem ser analisadas com a devida cautela.

Os requisitos para prisão cautelar estão expressamente previstos em lei, quais sejam:

- *artigos 312, 313, 314 e 315 do Código de Processo Penal (Decreto – Lei nº 3689, de 03 de outubro de 1941) - no caso de prisão preventiva.*
- *artigos 1º. e 2º. da Lei nº. 7.960 de 21 de dezembro de 1989.*
- *artigo 2º, §4º, da Lei nº. 8.072, de 1990 (no caso de prisão temporária).*

Conforme depreende-se da leitura do artigo, são requisitos da prisão cautelar (art. 312 CPP¹):

- garantia da ordem pública
- garantia da ordem econômica
- por conveniência da instrução criminal
- para assegurar a aplicação da lei penal

A prisão cautelar se justifica quando a conduta imputada ao acusado se revela grave, capaz de gerar repercussão danosa no meio social, o que torna indispensável a prisão provisória para a garantia da ordem pública, já tão atingida por fatos semelhantes, que causam grande indignação em toda a sociedade.

A indicação de elementos efetivos no tocante à necessidade de **garantia da ordem pública**, em razão da gravidade da conduta do acusado, constitui motivação satisfatória à concessão da custódia cautelar, que, por óbvio, não caracteriza coação ilegal.

Como leciona JULIO FABBRINI MIRABETE, “o conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão”²

Traga-se à colação, ainda, o escólio de Guilherme de Souza Nucci³:

“... A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de

¹ Art. 312. 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

² MIRABETE, Julio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 690.

³ NUCCI, Guilherme de Souza, *Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011* – 2ª. ed.- São Paulo- Revista dos Tribunais, 2012, págs. 84/85.

execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa

(...) A gravidade concreta do delito espelha-se pelo fato e suas circunstâncias e conseqüências (...).”.

Esse é o posicionamento adotado pelo STF em diferentes julgados. Os requisitos legais para que devem constar da fundamentação para decretação de prisão cautelar para garantir a ordem pública são:

- i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;
- ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e
- iii) associada aos dois elementos anteriores, para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.

A jurisprudência consolidou o entendimento de que a liberdade de um indivíduo suspeito da prática de crime somente pode sofrer restrições se houver decisão judicial devidamente fundamentada, amparada em fatos concretos e não apenas em hipóteses ou conjecturas, ou na gravidade do crime. Nesse sentido arrolam-se os seguintes julgados de ambas as Turmas do Excelso Pretório:

Ementa: Habeas Corpus. 1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva. 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos

consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. O prestígio desses direitos configura também elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica, impedindo que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais. 8. Os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. 9. A aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. A diferença entre um Estado totalitário e um Estado Democrático de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão preventiva. 10. O direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental. O âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais recebe contornos de especial relevância em nosso sistema constitucional. 11. A idéia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. É necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões preventivas. Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. 12. Não é possível esvaziar o conteúdo constitucional da importante função institucional atribuída às investigações criminais na ordem constitucional pátria. A Relatora do INQ nº 544/BA possui amplos poderes para convocar sempre que necessário o paciente. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 13. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 14. Paciente afastado da função de Procurador-Geral do Estado do Maranhão 11 (onze) meses antes da decretação da prisão cautelar. 15. Motivação insuficiente. 16. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente. (HC

91386 / BA, Relator Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ 19/02/2008)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CAUTELAR IDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1 . Existem fundamentos autônomos e suficientes para a manutenção da prisão do Paciente: a garantia da ordem pública em razão da periculosidade (crueldade) evidenciada pelo modus operandi e a garantia de aplicação da lei penal devido ao risco concreto de que o Paciente venha a foragir.

2. Apesar de sucinta, a decisão está fundada em elementos concretos devidamente comprovados nos autos.

3. Ordem denegada. (HC 105043, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 05-05-2011 PUBLIC 06-05-2011).

Assim, a validade da prisão cautelar depende da comprovação, em cada caso, dos seus requisitos e fundamentos, seja para garantir a ordem pública, seja para garantia da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Por tudo exposto, voto pela desnecessidade da criação de uma súmula pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, pois o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, adotam entendimento unânime sobre a matéria, aliás, em sentido oposto ao que se propõe.

Nesses termos, rejeito a proposta de enunciado.

Em 11 de maio de 2017.

Desembargador Nagib Slaibi

CEDES

Proposta de Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

É cabível a manutenção da prisão cautelar, na sentença condenatória recorrível, quando fixado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, devendo o réu ser transferido para estabelecimento prisional correspondente.

Justificativa:

A fixação de regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade não afasta, por si só, a necessidade de manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória recorrível. A avaliação acerca da necessidade da custódia cautelar é informada por critérios diversos daqueles empregados na definição do regime inicial de cumprimento da pena, e não é possível confundir a prisão para cumprimento de pena com a prisão cautelar. Todavia, a execução provisória da sentença condenatória recorrível permite ao sentenciado o cumprimento da prisão cautelar em estabelecimento compatível com o regime inicial fixado na sentença, para o qual deve ser imediatamente transferido.

Precedentes: Superior Tribunal de Justiça: RHC 36.040/MG. Relator: Ministro Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 22/04/2013, Superior Tribunal de Justiça. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: HC 0006465-30.2017.8.19.0000, Relator Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, 8ª. Câmara Criminal, julgamento: 05/04/2017; HC nº. 0003230-55.2017.8.19.0000, Relatora Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira, Terceira Câmara Criminal, julgamento: 07/03/2017; Apelação nº. 0000297-19.2016.8.19.0203, Relator Desembargador Luciano Silva Barreto, Quinta Câmara Criminal, julgamento: 26/01/2017.

VOTO

Primeiramente voto pela aceitação do enunciado com modificações e observações.

O tema em questão foi e é amplamente debatido nos Tribunais Superiores. A respeito disso, deve-se observar algumas questões intrínsecas a matéria.

A prisão é exceção à ordem jurídica do Estado Democrático de Direito e exige expressa motivação quando se altera seus fundamentos.

Neste sentido, o STF e STJ tem entendido que quando o paciente não se enquadra nos requisitos do artigo 312 do CPP ou quando o magistrado não fundamenta sua decisão para manutenção da prisão cautelar baseado em dados concretos, o paciente deve responder em liberdade:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO JUDICIAL CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. PRECEDENTES DO STJ. 1. A decisão judicial indeferitória de liberdade provisória não demonstrou devidamente, por intermédio de dados concretos e substanciais, a necessidade da segregação para a conveniência da instrução criminal, a teor do disposto nos artigos 310, parágrafo único, e 312, ambos, do Código de Processo Penal. Portanto, juízos de mera probabilidade não podem servir de motivação à custódia para a conveniência da instrução criminal. Precedentes do STJ. 2. As condições pessoais favoráveis do paciente, embora não sejam garantidoras para garantir eventual direito de liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrados na decisão os motivos que justifiquem a permanência da medida constritiva excepcional. 3. Ordem concedida. (STJ - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS: RHC 30735 SP 2011/0171956-5. MINISTRA LAURITA VAZ).

Como cediço, a segregação cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de se antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

Cabe ao julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal¹, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos e exigindo-se concreta motivação do decreto de prisão preventiva, com base em fatos que efetivamente justifiquem a excepcionalidade da medida.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, o julgador deve levar em conta dois fatores:

(a) o quantum da reprimenda imposta (CP, art. 33, § 2º)²;

(b) as condições pessoais do condenado (CP, art. 33, § 3º)³ estabelecidas na primeira etapa da dosimetria.

Por derradeiro, no tocante à manutenção da prisão cautelar quando há fixação de regime diverso do fechado pela sentença, a doutrina entende, alinhando-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que é necessário compatibilizar a segregação provisória com o regime prisional

¹ Art. 312. 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.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

² Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

³ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

fixado na sentença, de forma que sejam observadas as regras atinentes ao regime prisional determinado⁴, conforme os seguintes julgados:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE NÃO RECONHECIDO. POSSIBILIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO NO REGIME SEMIABERTO, ESTABELECIDO NA SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 01. Conforme numerosos precedentes desta Corte (RHC 46.502/MS, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 19/12/2014; RHC 37.801/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 13/10/2014) e do Supremo Tribunal Federal, "permanecendo os fundamentos da prisão cautelar, revela-se um contrassenso conferir ao réu, que foi mantido custodiado durante a instrução, o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação" (RHC 117.802, Segunda Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 01/07/2014). 02. Tendo o réu permanecido cautelarmente custodiado durante a tramitação do processo, a circunstância de, na sentença condenatória, ter sido fixado o regime semiaberto para cumprimento da pena não lhe confere, por si só, o direito de recorrer em liberdade, se subsistentes os pressupostos que justificaram a prisão preventiva. Todavia, até o trânsito em julgado da sentença condenatória deverão lhe ser assegurados os direitos concernentes ao regime prisional nele estabelecido (RHC 52.739/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 04/11/2014; RHC 53.934/MG, Rel. Ministro Ericson Maranhão [Desembargador convocado do TJ/SP], Sexta Turma, julgado em 12/02/2015). 03. Recurso ordinário desprovido. Habeas corpus concedido de ofício para determinar que o recorrente aguarde o trânsito em julgado da condenação em

⁴ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

§1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

estabelecimento adequado ao regime fixado na sentença (semiaberto). (RHC 45.421/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Rel. p/ Acórdão Min. NEWTON TRISOTTO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC, Quinta Turma, DJe 30/03/2015)

Neste mesmo sentido, vem se manifestação o Egrégio Tribunal:

Habeas Corpus. Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, ao argumento de que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, pleiteando seja permitido ao paciente recorrer em liberdade. O paciente que se encontra preso desde 18 de fevereiro de 2016 foi condenado, em sentença ainda não transitada em julgado, pela prática de roubo qualificado pelo concurso de pessoas ao cumprimento de pena de 5 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 64 dias multa, fixado o valor do dia-multa no mínimo legal. A necessidade de manutenção da prisão cautelar restou corroborada na sentença. A manutenção da cautelar do paciente, além de devidamente fundamentada, é necessária. Considerando que o paciente estava preso durante toda a instrução criminal e havendo posterior condenação pelo delito, a negativa do direito de apelar em liberdade não configura constrangimento ilegal, mormente quando persistem os motivos ensejadores da custódia cautelar. A custódia cautelar não se mostra desproporcional levando-se em conta a quantidade de pena aplicada ao paciente na sentença ainda não transitada em julgado. Conforme informações prestadas pela autoridade coatora, já foi expedido ofício à SEAP para que o réu seja transferido para regime compatível com a sentença. No sistema do SIPEN consta a informação de que o acusado cumpre a medida em regime semiaberto. Além de as condições favoráveis não vincularem o juízo quando da análise da manutenção da custódia cautelar, o paciente não ostenta bons antecedentes, conforme consta de sentença e da FAC do paciente, e não foram apresentados documentos que demonstrem que o paciente tenha ocupação lícita ou mesmo residência fixa. Não houve qualquer alteração da situação fática que ensejou a decretação da custódia cautelar, de sorte que permanecem hígidos os fundamentos utilizados para o encarceramento preventivo, principalmente para manutenção da ordem pública. Denegação da ordem. (HC nº. 0003230-55.2017.8.19.0000. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. Monica Tolledo de Oliveira. DJ 16.03.17).

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DO DECISO QUE, QUANDO DA SENTENÇA, MANUTENIU A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE. PLEITO ALTERNATIVO DE IMEDIATA TRANSFERÊNCIA DO PACIENTE A ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO AO REGIME SEMIABERTO, IMPOSTO NA SENTENÇA. O paciente foi condenado pela realização da conduta descrita no art. 33, da Lei 1.343/06, às penas de 5 anos de reclusão, no regime semiaberto e 500 DM, à razão mínima legal, porque no dia 13 de Março de 2016 foi preso em flagrante delito por policiais militares lotados no 33º BPM, eis que, de forma livre e consciente, trazia consigo, para fins de tráfico, 65 (sessenta e cinco) tabletes de erva seca prensada, identificada como substância entorpecente Cannabis sativa L, totalizando 108,72 g e 73 (setenta e três) sacos plásticos amarelos, contendo material pulverulento branco amarelado, identificado como substância entorpecente Cloridrato de Cocaína, totalizando 34,07g. O julgador, atendendo ao disposto no art. 387, § 1º, do CPP, manteve MOTIVADAMENTE a prisão cautelar, afirmando que: "Nego ao acusado o direito de apelar em liberdade, uma vez que respondeu preso à instrução criminal, estando, portanto, ainda mais presentes após a condenação os motivos que autorizam a custódia do réu, sobretudo pelo fato de poder voltar a atuar no tráfico, o que importa em grave risco para a ordem pública, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas demonstra que o acusado é um traficante contumaz.". Desse modo, numa análise perfunctória, possível em sede de habeas corpus, verifica-se que estão presentes os requisitos autorizadores da medida excepcional dispostos no artigo 312 do CPP. Ressalte-se que a decisão que decreta ou mantém a prisão preventiva não precisa ser exaustivamente motivada, bastando o aponte de elemento concreto colhido dos autos, o que ocorreu. Precedentes do STJ. No que se refere à pretendida transferência do paciente a estabelecimento destinado ao regime fechado, após determinação relatorial, a Secretaria da Câmara realizou pesquisa no sistema SIPEN e certificou nos autos que a transferência já foi realizada. Constrangimento ilegal incorrente. **ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.** (HC 0006465-30.2017.8.19.0000, Relator Desembargador Gilmar Augusto Teixeira, 8ª. Câmara Criminal, julgamento: 05/04/2017).*

Por tudo exposto, voto pela manutenção da proposta de enunciado com seguinte redação:

A prisão decorrente de sentença condenatória, enquanto não houver o trânsito em julgado, deve ser cumprida no regime inicial fixado pela mesma decisão.

Nesses termos, voto pela criação do enunciado nos termos ora propostos.

Em 11 de maio de 2017.

Desembargador Nagib Slaibi