



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 52.407 - RJ (2014/0258008-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : RICARDO FERNANDES DA SILVA PORTO (PRESO)
ADVOGADO : JOAQUIM QUEIROGA NETO E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOAQUIM QUEIROGA NETO (P/RECTE) E MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 52.407 - RJ (2014/0258008-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto por RICARDO FERNANDES DA SILVA PORTO, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi preso em flagrante no dia 22 de março de 2011, pela prática, **em tese**, do delito tipificado nos arts. 299 e 304 do Código Penal. Em dia 31 de março de 2011, foi concedida sua liberdade provisória, oportunidade em que o recorrente firmou termo de compromisso de comparecer mensalmente àquele juízo, sob pena de revogação da liberdade, não podendo se ausentar de sua residência por mais de oito dias, sem prévia autorização, bem como informar eventual mudança de endereço. Em virtude do descumprimento do compromisso assumido pelo recorrente, foi decretada sua prisão preventiva, em 24 de janeiro de 2014, com amparo no art. 282, § 4º, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, com pedido de liminar, tendo sido a ordem denegada em acórdão, cuja ementa transcrevo a seguir:

"HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA E USO DE DOCUMENTO FALSO (ARTIGOS 299 E 304, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONSUBSTANCIADO NA AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA DECRETAÇÃO DO ERGÁSTULO CAUTELAR DO PACIENTE DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DE FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS. ANÁLISE DE ARGUMENTOS QUE NECESSITAM DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. DILAÇÃO PROBATÓRIA INCABÍVEL NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA."

Daí o presente recurso, no qual sustenta o recorrente, em síntese, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desnecessidade da custódia preventiva do recorrente. Argumenta que, no requerimento de revogação da prisão preventiva, foi feito pedido alternativo para que esta fosse convolada em prisão domiciliar, em razão do seu grave estado de saúde, bem como pelo fato de o recorrente ser advogado.

Requer, assim, a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, seja em virtude da condição de advogado do recorrente, seja em virtude do seu debilitado estado de saúde.

Não houve pedido liminar.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 107-109, manifestou-se pela prejudicialidade do recurso, em razão da existência de novo título judicial a fundamentar a prisão preventiva.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 52.407 - RJ (2014/0258008-5)

EMENTA

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Preliminarmente, afirmo que, a despeito da superveniência de sentença condenatória, consoante informa o parecer do Ministério Público Federal, às fls. 107-109, entendo que não ocorreu a perda do objeto do presente recurso, uma vez que, ao negar ao recorrente o recurso em liberdade, o magistrado sentenciante utilizou-se dos mesmos fundamentos que embasaram o decreto de prisão preventiva, de fls. 3-4, razão pela qual ele permanece hígido. Vejamos:

"Denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que descumpriu o compromisso de comparecer mensalmente em Juízo e, atualmente, se encontra foragido, mostrando que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal" (fl.109).

Portanto, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pretende o recorrente, por meio do presente recurso ordinário em **habeas corpus**, a revogação da prisão preventiva a ele imposta ou a substituição da custódia cautelar pela prisão domiciliar, em razão de ser advogado, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como em virtude do seu estado de saúde.

Insta consignar, inicialmente, que 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.

Neste sentido, cito o seguinte precedente do col. **Pretório Excelso**:

"EMENTA: "HABEAS CORPUS" - PRISÃO CAUTELAR - FALTA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO - CARÁTER



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO) - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITO DE CONTROLE DE LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DECRETA A PRISÃO CAUTELAR, DE EVENTUAL REFORÇO DE ARGUMENTAÇÃO ACRESCENTADO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES - PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - *A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. INADMISSIBILIDADE DO REFORÇO DE FUNDAMENTAÇÃO, PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES, DO DECRETO DE PRISÃO CAUTELAR. A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo de julgamentos emanados das instâncias*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

judiciárias superiores. Precedentes. A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta (ou que mantém) o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas “a posteriori”. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes" (HC n. 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012).

No mesmo sentido é a sedimentada jurisprudência desta eg. Corte:
AgRg no RHC n. 47.220/MG, Quinta Turma, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJe de 29/8/2014; RHC n. 36.642/RJ, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 29/8/2014; HC n. 296.276/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 27/8/2014; RHC n. 48.014/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 26/8/2014.

Tendo em vista a manifestação ministerial que, às fls. 107/109, noticiou a superveniência de sentença condenatória em face do recorrente, em consulta ao sítio do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, obtive o inteiro teor do documento e reproduzo, a seguir, a fundamentação da dosimetria da pena e do regime inicial a ele aplicado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Diante de todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido contido na denúncia para **CONDENAR RICARDO FERNANDES DA SILVA PORTO**, como incurso nas penas do artigo 304 c/c artigo 299, ambos do Código Penal. Passo, assim, à dosimetria da pena, observando critério Nelson Hungria esculpido no artigo 68 da Lei Geral de Crimes. Na primeira fase da dosimetria, atento às circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, verifico que o acusado agiu com culpabilidade extrema, pois, na condição de parceiro comercial de longa data da vítima, sua deslealdade exacerbada reclama maior rigor. O réu é portador de maus antecedentes, pois ostenta uma condenação definitiva não apta a gerar reincidência. A conduta social do réu é, de todo, viciosa, pois passou anos se aproveitando da confiança de terceiros, especialmente da vítima, para atingir vantagens econômicas imediatas, insensível às consequências falimentares ocasionadas nos lesados. A personalidade do réu, à míngua de laudo especializado, deve ser presumida como favorável. As circunstâncias do crime exigem maior rigor, pois a falsidade visava produzir consequências em investigação criminal, o que eleva sua gravidade. O motivo da infração também é abjeto, pois, além de pretender se safar do inquérito policial, o réu também ansiava por colocar sua ex-companheira na condição de indiciada. As consequências do crime foram minoradas pelo fato de a falsidade ter sido descoberta antes que pudesse ter efeitos. A vítima, por fim, não contribuiu para o desiderato criminoso. Assim, sendo **majoritariamente negativas as circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 02 anos de reclusão e 20 dias-multa. Na segunda fase, pela agravante do artigo 61, inciso II, alínea 'h' do CP (vítima idosa), aumento a pena em 04 meses de reclusão e 03 dias-multa, chegando a 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, que se estabiliza face à ausência de causas modificativas.** Condeno o réu, ainda, ao pagamento de custas processuais, na esteira do artigo 804 do Código de Processo Penal. **O regime inicial de cumprimento da pena há de ser o SEMIABERTO, diante do quadro de circunstâncias judicial próximo à total negatividade, observando, assim, a disposição do artigo 59, inciso III do CP.** Considerando que o réu é advogado, possuindo residência em local valorizado na cidade, fixo o valor do dia-multa em 02 (dois) salários mínimos cada. Deixo de converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos uma vez que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem a insuficiência de resposta penal mais branda. **Denego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que descumpriu o compromisso de comparecer mensalmente em Juízo e, atualmente, se encontra foragido, mostrando que sua liberdade representa risco à aplicação da lei penal**".

Do excerto acima reproduzido, verifica-se que o recorrente foi condenado em 1ª instância à pena de **2 (dois) e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade.**

Estabelecido o regime **semiaberto** como o inicial para o cumprimento de pena,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenho para mim ser **incompatível**, neste caso, a **negativa do direito de recorrer em liberdade**.

Isso porque, uma vez estabelecido na condenação que o regime adequado para o início do cumprimento de pena é o semiaberto, não há como impor ao recorrente a segregação cautelar até o trânsito em julgado, caso pretenda recorrer da sentença, ainda que sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa possibilidade, chegar-se-ia ao absurdo de ser mais benéfico ao réu **renunciar ao direito de recorrer** e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o Segundo Grau.

Dessarte, a manutenção ou imposição da prisão cautelar consistiria, a meu ver, flagrante **vulneração do princípio da proporcionalidade**.

Impende consignar que não se trata de prognose, ou seja, de se imaginar que a pena a ser imposta possa, hipoteticamente, ser substituída por restritivas de direitos ou que o regime fixado venha a ser diverso do fechado. Trata-se, na verdade, de uma certeza que, à vista da não interposição de recurso pela acusação, não será futuramente alterada.

Portanto, definido o regime inicial de cumprimento de pena, acaso seja diverso do fechado, não há como sustentar a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Conforme leciona abalizada doutrina *"as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal"* (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. pg. 99).

É que, por ocasião da prolação da sentença, houve a avaliação de todas as circunstâncias do crime praticado pelo réu e, no caso de condenação, da sanção que lhe deve ser imposta, bem como o regime em que deve ser inicialmente cumprida. Como a pena ainda não poderá ser aplicada, pois ainda não verificado o trânsito em julgado, a única forma de manter-se ou impor-se, nesta fase, a prisão cautelar, será no caso de condenação cuja reprimenda tenha de ser resgatada no regime inicial fechado, único compatível com a forma de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

efetivação da segregação cautelar, pois como sublinhado pelo eminente Ministro **Rogério Schietti Cruz** "*a idéia de prisão cautelar reclama o encarceramento pleno do agente*" (RHC n. 46.604/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. p/ acórdão **Rogério Schietti Cruz**).

Entretanto, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da **quaestio**). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares.

Ora, não vejo como possa permanecer preso um acusado, nos moldes do regime fechado, que tenha o direito, reconhecido na sentença, de iniciar imediatamente o cumprimento de sua pena no regime aberto ou semiaberto, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

Aliás, necessário sublinhar que essa orientação já predominou no âmbito da **Quinta Turma** desta eg. Corte:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENCADADO COMO HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.

[...]

III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes).

*Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso" (HC n. 153.728/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 31/5/2010).*

Contudo, não desconheço a jurisprudência ora dominante, que tem se orientado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela compatibilidade entre o regime diverso do fechado imposto na sentença e a negativa do apelo em liberdade, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. A título ilustrativo: "*Verificado que foi imposto ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, faz-se necessário compatibilizar a segregação processual com o modo de execução que lhe foi determinado na sentença condenatória, sob pena de estar-se impondo ao apenado regime mais gravoso de segregação tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso*" (RHC n. 48.138/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 4/11/2014).

Contudo, tal alternativa implica, na prática, o **restabelecimento da orientação jurisprudencial antes prevalente na jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal, que admitia a execução provisória da pena**, atualmente rechaçada, ao entendimento de que ela **vulnera o princípio da presunção de não culpabilidade** inserto no art. 5º, inciso LVII da CF/88.

Isso porque, se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, só se permite a segregação em decorrência da imposição de prisão cautelar, cuja principal característica, como já ressaltado, significa segregação total do réu.

Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Tal solução, impende consignar, equivale a admitir a vedada execução provisória da pena.

Nessa linha, cito os seguintes precedentes do **Pretório Excelso**:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. VEDAÇÃO AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ESTABELECIMENTO DE REGIME SEMIABERTO COM A MANUTENÇÃO OU DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. ORDEM CONCEDIDA.

1. Fixado o **regime semiaberto**, torna-se incompatível a manutenção da **prisão preventiva**, mormente porque, até a data do deferimento da medida cautelar, o paciente já teria cumprido, considerada a detração, 1 ano e 6 meses da pena em **regime** fechado (= **prisão preventiva**). Logo, sua manutenção no cárcere representaria, em verdade, desvincular o aspecto cautelar inerente à **prisão preventiva** e legitimar a execução provisória da pena em **regime** mais gravoso do que aquele fixado na própria sentença condenatória (= **semiaberto**).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Ordem concedida" (HC n. 118.257/PI, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 6/3/2014).

*"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP). Paciente condenada à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. 3. Manutenção da custódia cautelar da paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. 4. Violação ao princípio da proporcionalidade. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida" (HC n. 115.786/MG, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 20/8/2013).*

"Habeas corpus. Penal. Corrupção ativa (CP, art. 333). Paciente condenado à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. Manutenção da custódia cautelar do paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Writ extinto. Ordem concedida de ofício.

[...]

2. Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.

3. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou a expedição de mandado de prisão, sem, contudo, explicitar os motivos cautelares justificadores da medida extrema, doutrinariamente considerada a última ratio das medidas cautelares.

4. A pena imposta ao paciente foi de três (3) anos e três (3) meses de reclusão, a ser descontada inicialmente em regime aberto, o que não justificava a manutenção da prisão preventiva do paciente.

*5. Habeas corpus extinto. Ordem concedida de ofício" (HC n. 114.288/RS, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 7/6/2013).*

Desse modo, caso haja condenação à pena que deva ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, não será admissível a decretação ou manutenção de prisão preventiva, haja vista a flagrante incompatibilidade delineada neste caso.

A propósito do tema, confira-se lição da doutrina no mesmo sentido:

“Se o magistrado fixar o regime semiaberto para início de cumprimento da pena, torna-se incompatível a manutenção ou decretação da prisão cautelar para a fase recursal. Sabe-se, afinal, que a prisão cautelar é cumprida em regime fechado. Não há cabimento algum em se estipular regime mais brando para o início do cumprimento da pena (semiaberto ou mesmo aberto) e manter o acusado no cárcere até que ocorra o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

trânsito em julgado. Portanto, se não for estabelecido o regime fechado para iniciar a execução da pena, deve o réu recorrer em liberdade” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 804).

Imposto regime mais brando, significa que o Estado-Juiz, ao aplicar as normas ao caso concreto, concluiu pela possibilidade de o réu poder iniciar o desconto da reprimenda em circunstâncias que não se compatibilizam com a imposição/manutenção de prisão provisória. Caso seja necessário, poderá se valer, quando muito, de **medidas alternativas diversas à prisão**, previstas no art. 319 do CPP, inquestionavelmente mais adequadas à hipótese.

Com efeito, a reforma operada pela **Lei nº 12.403/2011**, ao prever novas medidas cautelares, constitui um novo marco no direito processual penal, historicamente marcado pela utilização demasiada das diversas modalidades de prisão cautelar.

Em suma, a hipótese em análise traduz situação em que a aplicação das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal revelar-se-ia mais consentânea com o princípio da proporcionalidade ao se ajustar ao conteúdo da sentença condenatória.

Não obstante o acima aduzido, dadas as condições de saúde do recorrente, impõe-se a substituição da custódia cautelar por prisão domiciliar, nos termos do **art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal**.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso ordinário** para revogar a prisão preventiva do recorrente, substituindo-a por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, cujos critérios deverão ser fixados pelas instâncias ordinárias.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0258008-5

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 52.407 / RJ

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0031309-49.2014.8.19.0000 00313094920148190000 313094920148190000

EM MESA

JULGADO: 09/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : RICARDO FERNANDES DA SILVA PORTO (PRESO)

ADVOGADO : JOAQUIM QUEIROGA NETO E OUTRO(S)

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsidade ideológica

SUSTENTAÇÃO ORAL

SUSTENTARAM ORALMENTE: DR. JOAQUIM QUEIROGA NETO (P/RECTE) E
MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.