



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE : ANTONIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO (PRESO)
ADVOGADOS : ENILDA MARIA DE SOUZA MARTINS
NILDA MARIA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. CONDENAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE.

I - 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.

II- 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 garantir ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Walter de Almeida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP).

Brasília (DF), 04 de dezembro de 2014 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por ANTÔNIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO, contra v. acórdão prolatado pela col. **Sétima Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 4ª Região**.

Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 4º, **caput**, da Lei n. 7492/86, à pena de **4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto**, sendo-lhe **vedado o direito de recorrer em liberdade**.

Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus** perante o eg. Tribunal **a quo**, no qual alegou que não lhe poderia ser negado o direito de apelar em liberdade, uma vez que não estão presentes, na espécie, requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. Sustentou, ainda, que a custódia cautelar mostra-se desproporcional, uma vez que foi condenado a cumprir a pena em regime inicial semiaberto. O eg. Tribunal de origem concedeu parcialmente a ordem tão somente para garantir ao paciente o cumprimento da prisão preventiva no regime fixado na sentença condenatória (semiaberto).

Daí o presente **recurso ordinário**, no qual aduz o recorrente, repisando os argumentos do **mandamus** impetrado na origem, a existência de constrangimento ilegal consubstanciado na ausência de fundamentação idônea a justificar a imposição de sua custódia cautelar, bem como na desproporcionalidade da medida imposta. Alega, outrossim, que eventual prisão colocaria em risco a sua saúde, uma vez que conta com mais de 70 (setenta) anos de idade.

Requer, ao final, a revogação da sua prisão preventiva.

Liminar indeferida às fls. 130-131.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 169-172, manifestou-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo **desprovimento do recurso**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INCOMPATIBILIDADE.

I - 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.

II- 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 garantir ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Depreende-se dos autos que o recorrente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 4º, **caput**, da Lei n. 7492/86, à pena de **4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto**. A r. sentença condenatória negou ao recorrente o direito de apelar em liberdade justificando tal medida na necessidade de resguardo da aplicação da lei penal.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelamente 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 chegaria-se ao absurdo 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 ELENADO 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 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*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**).*

*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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso ordinário para garantir ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso, sem prejuízo da imposição de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva previstas no art. 319 do CPP.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0114933-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 47.836 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00072152420134040000 00127721320054047100 127721320054047100 199971000295589
200571000127725

EM MESA

JULGADO: 20/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: ANTONIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO (PRESO)
ADVOGADOS	: ENILDA MARIA DE SOUZA MARTINS NILDA MARIA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: ROBERTO COIMBRA FABBRIN
CORRÉU	: ALBERTO OHLWEILER DA SILVEIRA
CORRÉU	: RENAN BERGMANN
CORRÉU	: SEBASTIAN WIDHOLZER FILHO
CORRÉU	: MIGUEL JURNO NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Aguardam os Srs. Ministros Jorge Mussi, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI: Fiquei vencido tão somente no ponto em que se alegava a incompatibilidade da preservação, na sentença, da prisão preventiva do recorrente, uma vez que fixado o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Não obstante os abalizados argumentos levantados pelos Excelentíssimos Senhores Ministros vencedores, que deliberaram pela incompatibilidade da preservação da prisão preventiva quando imposto ao condenado o regime prisional semiaberto, ressalvo meu entendimento em sentido diverso, mantendo o posicionamento que vinha adotando até o momento, que afirmava a compatibilidade da constrição processual nessa hipótese.

Ora, não há como conceber que, persistindo os motivos que ensejaram a prisão preventiva do agente, decretada ainda durante a instrução criminal visando assegurar a aplicação da lei penal, já que o réu continuava foragido (fls. 55), ao final, quando prolatada a sentença condenatória, ou seja, quando devidamente confirmada a sua culpabilidade, embora ainda sujeita ao duplo grau de jurisdição, seja agraciado com a liberdade, mesmo que limitada pela imposição de cautelares diversas, tão somente porque foi-lhe imposto o regime semiaberto de cumprimento da sanção.

Não é lógico concluir que o réu deveria ter sido mantido acautelado durante o desenrolar da ação penal, diante da persistência dos motivos que ensejaram a prisão preventiva, e, por fim, libertá-lo apenas porque foi agraciado com regime de execução diverso do fechado, permitindo-lhe que, solto, ou mediante algumas condições, aguarde o trânsito em julgado da condenação.

Sufragar tal entendimento vai contra ao já sedimentado tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto nesta Corte Superior, no sentido de que: *"4. 'Não há sentido lógico permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, possa aguardar o julgamento da apelação em liberdade' (HC 89.089/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Primeira Turma, DJ de 01/06/2007). Precedentes: HC 118.090/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 06/11/2013; HC*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

91.470/SC, Red. p/ acórd. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 14/11/2007 e HC 107.796/MS, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 20/04/2012" (STF - HC 118528, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 13-02-2014 PUBLIC 14-02-2014), quando presentes as hipóteses autorizadoras da prisão preventiva.

No sentido do posicionamento aqui defendido, pode-se colacionar o seguinte julgado:

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 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 01/04/2014, DJe 13/06/2014)

Dessa forma, votei no sentido da manutenção da custódia cautelar, compatibilizando, contudo, a prisão cautelar com o aludido modo de execução, sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena de estar impondo ao acusado regime prisional mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade.

Nesse norte:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ROUBO. GRAVE AMEAÇA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO PREVENTIVA. APELO EM LIBERDADE NEGADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERMANÊNCIA DO RECORRENTE EM REGIME FECHADO. IMPOSSIBILIDADE.

I - A negativa do direito de recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada, em elementos concretos, pelas instâncias ordinárias.

Crime de roubo cometido com grave ameaça à vítima.

II - É preciso compatibilizar a manutenção da prisão cautelar com o regime inicial determinado na sentença condenatória, sob pena de se impor regime mais gravoso ao acusado, tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso. Precedentes desta 5ª Turma.

III - Recurso ordinário provido para assegurar ao Recorrente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em regime compatível ao semiaberto, salvo a existência de prisão preventiva por força de outro processo.

(RHC 39.060/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, I E II, CP). UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMIABERTO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PERMANÊNCIA DO PACIENTE EM REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

[...]

VI. In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível de concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

VII. Ainda que válida a fundamentação para a manutenção da custódia cautelar, de acordo com a jurisprudência pacífica do STJ o indeferimento do direito de apelar em liberdade, quando fixado o regime prisional semiaberto como inicial para o cumprimento da pena reclusiva, configura inegável constrangimento ilegal, eis que o réu não pode aguardar o julgamento do seu recurso em regime prisional mais gravoso do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que aquele que foi estabelecido na sentença condenatória. Precedentes.

VIII. "Ainda que fundamentada a decisão quanto à negativa ao direito do paciente de aguardar o julgamento em liberdade, deve-se evitar que o réu permaneça, até o trânsito em julgado da condenação, em situação mais gravosa do que aquela estabelecida para o cumprimento da pena definitiva. Fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da pena privativa de liberdade, deve o paciente, desde já, ser inserido nesse regime" (STJ, HC 214.766/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe de 23/11/2011).

IX. Habeas corpus não conhecido.

X. Concessão da ordem, de ofício, para assegurar, ao paciente, o direito de aguardar o julgamento do seu recurso no regime semiaberto, que lhe foi fixado na sentença condenatória.

(HC 244.275/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 18/03/2013)

Portanto, posicionei-me pelo improvimento do reclamo, concedendo-se, contudo, *habeas corpus* de ofício, apenas para determinar que o recorrente aguardasse o julgamento da apelação criminal em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado na condenação.

Destaco, por derradeiro, que o argumento da ausência de estabelecimento prisional compatível com a execução no modo semiaberto não é de molde a autorizar a revogação da prisão nesses casos, pois trata-se de questão a ser solvida pela Administração Pública, e não pelo Judiciário, a quem incumbe aplicar a lei e não resolver problemas de política ou administração penitenciária, não se mostrando justo colocar em risco a aplicação da lei penal em razão da ineficiência estatal.

Por todo o exposto, **votei pelo improvimento** do recurso ordinário em *habeas corpus* nesse ponto, **concedendo-se, contudo, a ordem de ofício**, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, apenas para determinar que o recorrente aguardasse o julgamento do apelo em estabelecimento adequado ao regime prisional fixado na sentença condenatória - o semiaberto.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : ANTONIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO (PRESO)
ADVOGADOS : ENILDA MARIA DE SOUZA MARTINS
NILDA MARIA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Sr. Presidente, estou acompanhando a tese de V. Exa., no sentido de que deveria se manter a prisão preventiva, adequando-a ao novo regime fixado.

Acompanho, portanto, o voto de V. Exa.

MINISTRO WALTER DE ALMEIDA GUILHERME
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 47.836 - RS (2014/0114933-2)

VOTO-VISTA

O EXMO. SENHOR MINISTRO GURGEL DE FARIA:

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por ANTONIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO, condenado a 4 anos e 1 mês e 15 dias de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do crime de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/1986), contra acórdão do Tribunal Federal da 4ª Região, assim ementado:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 4º, 5º, 60, 7, IV E 10, TODOS DA LEI Nº 7.492/86. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS (ART. 312 DO CPP). APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REGIME SEMIABERTO. PRISÃO DOMICILIAR. DESCABIMENTO.

1. Preenchidos os requisitos legais, consistentes na prova da existência do crime e nos indícios suficientes da autoria, e havendo elementos suficientes e concretos a configurar a decretação da prisão preventiva, fundamentada na necessidade de aplicação da lei penal, é de ser mantida a prisão do paciente, não se observando ilegalidade a embasar a concessão da ordem.
2. A custódia preventiva deve seguir os mesmos rigores do futuro regime de cumprimento de pena já fixado em sentença, sob pena de infligir ao paciente constrangimento ilegal. Estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para início do cumprimento da pena e havendo somente recurso da defesa, deve ser garantido ao paciente o cumprimento da prisão preventiva no regime fixado na sentença condenatória.
3. A substituição da prisão preventiva pela domiciliar demanda idade superior a 80 anos ou debilidade extrema do agente por motivo de doença grave, dentre outras não atendidas na hipótese concreta (Fl. 94).

No presente recurso, o recorrente alega, em suma, "ausência de fundamentação do decreto de prisão preventiva, sustentando que a constrição cautelar não guarda proporção com a pena imposta, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, com trânsito em julgado para a acusação. Por fim, afirma que eventual prisão colocaria em risco a saúde do Paciente, o qual possui mais de 70 anos" (Fl. 130).

O em. Ministro Felix Fischer, relator do feito, votou no sentido de dar provimento ao recurso, entendendo que "é incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir pena no regime inicial diverso do fechado, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto".

Acentuou, ainda, que "a tentativa de compatibilização da custódia cautelar com as regras do regime aberto ou semiaberto, neste caso, implica indevida execução provisória da pena".

Para melhor análise da questão, pedi vista antecipada dos autos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Observa-se que o recorrente não foi encontrado para ser citado pessoalmente, ocasionando, em 4/02/2005, a suspensão do processo e do prazo prescricional, e, em 20/02/2006, a decretação de sua prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal.

Em 23/02/2012, sobreveio sentença que o condenou à pena de 4 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de ao pagamento de 53 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/1986, sendo a custódia cautelar mantida em razão de o réu se encontrar foragido. Inconformada, apelou a defesa.

Conforme ressaltou o ilustre relator, o Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a manutenção da prisão cautelar mesmo quando a sentença condenatória determina o início do cumprimento da pena em regime semiaberto/aberto. Em tais casos, esta Corte de Justiça tem ressaltado a necessidade de se compatibilizar a prisão preventiva com o modo de execução da pena imposto no édito condenatório.

A respeito do tema, cito recentes julgados da Quinta e Sexta Turmas deste Tribunal Superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROIBIÇÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA PREVENTIVA COM O MODO DE EXECUÇÃO FIXADO NO ÉDITO REPRESSIVO. RECLAMO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Não fere o princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se ocorrentes os pressupostos legalmente exigidos para a preservação do recorrente na prisão.
2. Não há ilegalidade quando a constrição está fundada na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão da gravidade concreta das condutas perpetradas, bem demonstrada pelas circunstâncias do evento delituoso - dois crimes de roubo praticados no mesmo dia e local, em concurso de agentes e mediante a utilização de simulacro de arma de fogo - indicativas da periculosidade social dos envolvidos.
3. 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.
4. Entretanto, faz-se necessário adequar a manutenção da custódia cautelar com o regime inicial determinado no édito repressivo, sob pena de estar-se impondo ao acusado modo mais gravoso de segregação tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso.
5. Recurso ordinário improvido, concedendo-se, contudo, habeas corpus de ofício apenas para determinar que o recorrente aguarde o julgamento de eventual recurso em estabelecimento adequado ao regime fixado na condenação. (RHC 52739/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, DJe 12/11/2014)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. (HC 286470/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA, DJe 28/10/2014)

Refletindo melhor sobre o assunto, entendo desproporcional e irrazoável manter o réu encarcerado em regime mais gravoso do que o fixado na própria sentença, ainda que estejam presentes os requisitos da prisão preventiva, elencados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Com efeito, comungo com o entendimento do em. Ministro Felix Fischer no sentido de existir uma certa incongruência entre a condenação do paciente no regime semiaberto e a manutenção da sua custódia cautelar.

A uma, porque a Lei de Execução Penal admite o trabalho externo e as saídas temporárias, sem vigilância direta, aos reeducandos que cumprem pena em regime semiaberto, o que se mostra incompatível com os objetivos que se buscam alcançar aqui com a prisão preventiva do paciente, quais sejam, evitar a sua fuga e, conseqüentemente, a frustração da aplicação da lei penal.

A duas, em consulta ao site do Tribunal Federal da 4ª Região, a sentença condenatória já transitou em julgado para o Ministério Público, de modo que a situação em que se encontra o ora recorrente não pode ser agravada.

Ademais, com muita propriedade, destacou o Ministro Felix Fischer que a manutenção da custódia preventiva impõe situação mais desfavorável ao réu que se insurgir contra a reprimenda, mediante interposição do recurso – visto que teria de aguardar o julgamento da apelação em regime fechado –, do que àquele que se conformou com a sentença, optando por não recorrer.

Nesse mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário. Inadmissibilidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Ocorrência. Condenação em primeiro grau transitada para a acusação. Fixação de regime inicial semiaberto. Vedação ao direito de recorrer em liberdade. Incompatibilidade. Violação do princípio da proporcionalidade. Precedentes. Writ extinto, por inadequação da via eleita. Ordem concedida de ofício.

1. Impetração manejada em substituição ao recurso extraordinário, a qual esbarra em decisão da Primeira Turma, que, em sessão extraordinária de 16/10/12, assentou, no julgamento do HC nº 110.055/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus nessa hipótese.

2. Nada impede, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, quando do manejo inadequado do *habeas corpus* como substitutivo, analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que ocorreu na espécie.

3. A vedação ao direito de recorrer em liberdade revela-se incompatível com o regime inicialmente semiaberto fixado na sentença penal condenatória, a qual se tornou imutável para a acusação em razão do trânsito em julgado.

4. A situação traduz verdadeiro constrangimento ilegal, na medida em que se impõe ao paciente, cautelarmente, regime mais gravoso a sua liberdade do que aquele estabelecido no próprio título penal condenatório para o cumprimento inicial da reprimenda, em clara afronta, portanto, ao princípio da proporcionalidade.

5. Writ extinto, por inadequação da via eleita. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para tornar definitiva a liminar concedida, no sentido de revogar-se a prisão preventiva do paciente nos autos do processo nº 0000229-07.2013.8.18.0008, mediante estabelecimento, pelo Juízo processante, de medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319). (HC 123226/PI, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Órgão Julgador: Primeira Turma, DJe 17-11-2014)

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).

2. Ordem concedida. (HC 118257/PI, Relator Min. TEORI ZAVASCKI, Órgão Julgador: Segunda Turma, DJe 06-03-2014)

Portanto, fixado o regime semiaberto/aberto para início do cumprimento da reprimenda, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a negativa do apelo em liberdade constitui, a meu ver, constrangimento ilegal, sendo certo que a alternativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compatibilizar a custódia cautelar com o regime prisional imposto configura indevida execução provisória da pena, o que viola o princípio da presunção de culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da CF/88.

Diante desse contexto, na espécie, mostra-se adequada e suficiente a imposição de medidas cautelares alternativas para garantir a aplicação da lei penal, que estão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, considerando sobretudo a primariedade e idade do recorrente.

Ante o exposto, acompanho o ministro relator, no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso ordinário, garantindo ao recorrente o direito de aguardar o julgamento de seu recurso em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, e determinando a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 12.403/2011, a serem estipuladas pelo Juízo de primeiro grau.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0114933-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** **RHC 47.836 / RS**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00072152420134040000 00127721320054047100 127721320054047100 199971000295589
200571000127725

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANTONIO TABAJARA ROSA DE ARAÚJO (PRESO)
ADVOGADOS : ENILDA MARIA DE SOUZA MARTINS
NILDA MARIA DE SOUZA E OUTRO(S)
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU : ROBERTO COIMBRA FABBRIN
CORRÉU : ALBERTO OHLWEILER DA SILVEIRA
CORRÉU : RENAN BERGMANN
CORRÉU : SEBASTIAN WIDHOLZER FILHO
CORRÉU : MIGUEL JURNO NETO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria e Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Jorge Mussi e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP).