

HABEAS CORPUS 165.932 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**

PACTE.(S) :

IMPTE.(S) :SIDNEY DURAN GONCALEZ

COATOR(A/S)(ES) :SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ, assim ementado:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO
CABIMENTO. FRAUDE À LICITAÇÃO. PRISÃO
PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE
FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E
DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. REITERAÇÃO DELITIVA.
REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO NO DECRETO
CONDENATÓRIO. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO
CAUTELAR E O REGIME MENOS GRAVOSO. NECESSIDADE
DE ADEQUAÇÃO. **HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**
ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem, de ofício.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na **hipótese**, a segregação cautelar encontra-se devidamente fundamentada em **dados concretos extraídos dos autos**, que evidenciam que a liberdade do paciente acarretaria risco à **aplicação da lei penal**, notadamente porque consta dos autos que na ocasião da decretação da prisão teria se evadido da

"Urbe, não permitindo assim sua localização e cumprimento de mandado de prisão contra si *expedido*", bem como à **garantia da ordem pública**, vez que "*já foi condenado em outros processos (independentemente de qualquer determinação superior quanto ao mérito), o que já é indicativo de que houve crime praticado*", o que justifica a medida constritiva em virtude do fundado receio de reiteração delitiva.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, **como na hipótese**. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

V - Estabelecido na sentença condenatória o regime **semiaberto** para o início do cumprimento da pena, e **ressalvado o entendimento pessoal deste relator**, deve o paciente aguardar o trânsito em julgado de sua condenação em tal regime, compatibilizando-se a prisão cautelar com o modo de execução determinado na sentença condenatória. **Habeas corpus** não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado da condenação no regime semiaberto, salvo se por outro motivo não estiver preso.

Alega o impetrante que: a) o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993, à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto; b) o magistrado de primeiro grau decretou a prisão preventiva do paciente, ainda em fase de inquérito, sem fundamentação idônea, e manteve a segregação na sentença condenatória com base em fatos já superados; c) o TJSP, ao julgar a apelação, não renovou a prisão preventiva, tampouco determinou o início da execução provisória; d) o Tribunal local, mesmo declarando não ter havido dolo na conduta, manteve a condenação por entender tratar-se de crime meramente formal, o que contraria a jurisprudência do STJ e do STF; e) não há lógica em prender o paciente

processualmente em situação que pode vir a ser absolvido posteriormente, visto que aguarda julgamento de recurso junto ao STJ.

Pugna pela concessão da ordem a fim de que seja revogada a prisão preventiva, garantindo ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade.

É o relatório. Decido.

1. No caso dos autos, a apontada ilegalidade pode ser aferida de pronto.

Inicialmente, observo que, a despeito de ser possível a execução provisória da pena no caso concreto, eis que já esgotadas as instâncias ordinárias, o paciente está mantido preso por força do decreto de prisão preventiva exarado pelo Juízo de primeiro grau.

O STJ, por sua vez, não conheceu do *habeas corpus*, mas concedeu parcialmente a ordem, de ofício, para determinar que o paciente aguarde o trânsito em julgado da condenação no regime semiaberto, mantendo hígida a prisão preventiva do paciente.

Nesse contexto, verifico, *in casu*, a existência de ilegalidade aferível de plano a amparar a concessão da ordem, na medida em que, consoante entendimento perfilhado pela 2ª Turma desta Corte, não há como conciliar a manutenção da prisão preventiva se evidenciada a imposição de regime penal menos gravoso que o fechado:

“PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, **a manutenção da prisão provisória é incompatível com a fixação de regime de início de**

cumprimento de pena menos severo que o fechado. Precedentes. II – Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente e determinar a sua imediata soltura, sem prejuízo da fixação, pelo juízo sentenciante, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, caso entenda necessário.” (HC 138122, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09.05.2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 19-05-2017 PUBLIC 22-05-2017,grifei)

“A prisão preventiva é a medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência. Não pode, jamais, revelar antecipação de pena. Precedentes. 4. O aspecto cautelar próprio da segregação provisória, do que decorre o enclausuramento pleno do agente, não admite qualquer modulação para adequar-se a regime inicial mais brando (semiaberto) definido nesta impetração. 5. **A realidade do sistema carcerário brasileiro impõe aos egressos a regime mais brando (semiaberto e aberto) o cumprimento da pena de modo diverso**, inclusive com liberdade monitorada, diante da impossibilidade de colocação do sentenciado em regime mais gravoso (RE 641.320/RS, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes). **Essa restrição parcial da liberdade ao cautelarmente segregado não se coaduna com a prisão preventiva e pode ser validamente alcançada com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão** (CPP, art. 319). 6. Ordem concedida para fixar ao paciente o regime inicial semiaberto e, em consequência, revogar a prisão preventiva fixada.” (HC 136397, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 13.12.2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 10-02-2017 PUBLIC 13-02-2017, grifei)

Assim, na linha do que decidido pela 2ª Turma, a manutenção da prisão preventiva, própria das cautelares, representaria, em última análise, a legitimação da execução provisória da pena em regime mais gravoso do que o fixado no próprio título penal condenatório.

Destarte, a violação direta e imediata ao direito de ir e vir do paciente por ilegalidade flagrante, ante a manifesta incompatibilidade entre o instituto da prisão preventiva e o regime estabelecido (semiaberto), autoriza a concessão da ordem, de pronto.

3. Isso posto, concedo a ordem a fim de revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, à vista dos argumentos *suso* expendidos, determinando a imediata soltura do paciente, salvo se preso por outro motivo.

Comunique-se, **com urgência e pelo meio mais expedito** (inclusive com utilização de *fax*, se necessário), **ao Juiz da causa, a quem incumbirá o implemento desta decisão.**

Comunique-se, ainda, o TJSP e o STJ, para ciência.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 11 de dezembro de 2018.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente