

HABEAS CORPUS 217.183 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : ANDERSON FARNUM DE MORAS
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão proferido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que negou provimento ao Agravo Regimental no HC 746.385/RJ, assim ementado:

“PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU O *HABEAS CORPUS*, MAS CONCEDEU A ORDEM DE OFICIO PARA COMPATIBILIZAR O REGIME APLICADO NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. ROUBO. PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. AGRAVANTE CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. COMPATIBILIZAÇÃO DE REGIME. REGIME SEMIABERTO. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos.

II - *In casu*, observa-se que a segregação cautelar do agravante está devidamente fundamentada em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam de maneira inconteste a necessidade da prisão para garantia da ordem pública, notadamente em razão da forma pela qual o delito foi em tese praticado, consistente em roubo em que ‘o custodiado teria subtraído os aparelhos de telefone celular das vítimas utilizando grave ameaça, consubstanciada na simulação de estar armado’ o que revela a gravidade concreta da conduta e periculosidade do ora agravante, justificado a imposição da

medida extrema, na hipótese. Ademais, as instâncias ordinárias registraram, ainda, que o agravante é contumaz na prática delitiva, uma vez 'que já ostenta condenação anterior transitada em julgado, conforme se verifica da sentença', circunstância que também justifica a imposição da medida extrema em desfavor do agravante, para garantia da ordem pública, ante o risco iminente de reiteração criminosa.

III - Não obstante, não se pode olvidar a jurisprudência ora dominante nesta Quinta Turma no sentido da possibilidade de compatibilização entre a segregação cautelar e o regime menos gravoso estabelecido na sentença, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. Desta forma, estabelecido na sentença condenatória o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena, deve o agravante 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. Agravo regimental desprovido." (págs. 1-2 do doc. eletrônico 3).

Neste *habeas corpus*, a defesa considera ser "um verdadeiro contrassenso, qual seja, a imposição do regime inicial intermediário e a proibição de aguardar em liberdade o desdobramento da ação penal na fase recursal". (págs. 3-4 da petição inicial).

Sustenta, por isso, que "não se mostra possível a manutenção da prisão preventiva suportada pelo paciente, o que justifica a iminente concessão da ordem de *habeas corpus*, no sentido de que assegure ao paciente o direito de aguardar em liberdade até o eventual trânsito em julgado de decisão penal condenatória". (pág. 5 da petição inicial).

Ao final, formula os seguintes requerimentos:

"a. Pela revogação da prisão preventiva suportada pelo paciente, uma vez que não se mostra possível a manutenção da

medida cautelar extrema diante da fixação do regime inicial intermediário;

b. A título subsidiário, pela substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas previstas no artigo 319, Código de Processo Penal;

c. Pela admissão da documentação, até mesmo como forma de superar eventual alegação que aponte para a necessidade de dilação probatória; e

d. Pela intimação do e. Defensor Público em exercício junto a esse c. Colegiado para, querendo, acompanhar o presente feito, apresentar memoriais escritos, realizar sustentação oral – o que justifica o exposto pedido de intimação da sessão de julgamento –, interpor recursos e adotar quaisquer outras medidas que se mostrem imprescindíveis para a fruição da ampla defesa do paciente.” (págs. 7-8 da petição inicial).

É o relatório. Decido.

Em que pese a determinação pelo STJ de compatibilização da prisão cautelar com o modo de execução estabelecido ao regime semiaberto, reconheço que o Juízo condenatório, em flagrante contradição, apesar de permitir que o sentenciado cumpra a pena em regime inicial semiaberto, manteve a segregação preventiva, expondo os seguintes fundamentos:

“[...]

Face ao exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, para CONDENAR o acusado Anderson Farnum de Mórias, pela prática da conduta ilícita tipificada no artigo 157, *caput*, na forma do artigo 70 (duas vezes), todos do Código Penal, passando à dosimetria da pena:

Considerando as diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal, bem como que a culpabilidade do acusado não é diferente daquela utilizada para os agentes que praticam o crime de roubo, sendo assim, fixo a pena base no mínimo legal,

isto é, em 04 (quatro) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no seu valor mínimo.

Na segunda fase da dosimetria, reconheço a confissão do réu em Juízo, nos termos do artigo 65, inciso III, letra 'd', do Código Penal, porém mantenho a pena anteriormente fixada, nos termos da Súmula 231 do STJ.

Ressalto que na FAC do acusado (Index 100) consta a anotação 04, em que o réu foi condenado pelo delito do artigo 157 do Código Penal (processo: 0050335-11.2011.8.29.0203), às penas de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, no regime semiaberto, porém transitou em julgado em 27 de maio de 2013 e não consta pena a ser cumprida em relação ao referido feito, conforme Certidão de execução penal no Index 190.

Em relação à anotação 05 da FAC do réu (processo: 0089179-10.2018.8.19.0001), houve trânsito em julgado para a acusação em 05/07/2021, sendo assim, o mesmo não é reincidente.

Na terceira fase de fixação da reprimenda, mantenho a pena anteriormente fixada, pois não há causas de aumento e de diminuição a serem computadas.

Porém, elevo a pena em de 1/6 (um sexto), considerando-se a incidência do concurso formal, englobando as duas subtrações, alcançando-se a sanção final de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, no menor valor, pela incidência à espécie de qualquer outra circunstância modificadora.

Sendo incabíveis a suspensão da execução da pena e a sua substituição, tal como estabelecem os artigos 77 e 44, do Código Penal, **fixo o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, considerando o total da medida imposta, bem como a grave ameaça praticada pelo demandado em desfavor da vítima, nos termos do artigo 33, § 2º, letra 'b', do Código Penal, negando ao acusado Anderson Farnum de Móras o direito de apelar em liberdade**, eis que se encontram presentes os requisitos previstos no artigo 312 do CPP." (págs.

36-37 do doc. eletrônico 2; grifei).

Sobre a incompatibilidade da prisão cautelar com a fixação do regime semiaberto, Guilherme de Souza Nucci assinala que:

“[s]e o magistrado fixar o regime semiaberto para o início do 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” (*in Código de processo penal comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 924).

Como se vê, a medida cautelar imposta ao paciente é mais gravosa que a própria pena que lhe foi imposta. Com efeito, existe flagrante incompatibilidade entre a manutenção da prisão cautelar, se a decisão condenatória permite que o condenado cumpra a pena em regime menos gravoso que o fechado, nos termos, aliás, da firme orientação de ambas as Turmas desta Suprema Corte, *in verbis*:

“*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL E DIREITO PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE COM REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO NA SENTENÇA E COM BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. [...]. 2. Fixado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, incompatível a manutenção da prisão preventiva nas condições de regime mais gravoso.

Precedentes. 3. A concessão de benefícios inerentes à execução penal, na hipótese, além de caracterizar o indevido cumprimento antecipado da pena, não se amolda ao instituto da prisão preventiva. 4. *Habeas corpus* extinto sem resolução de mérito, mas com a concessão da ordem de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, sem prejuízo de aplicação, se for o caso, das medidas cautelares diversas da prisão pelo magistrado de primeiro grau.” (HC 130.773/SC, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma).

“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 138.122/MG, de minha relatoria, Segunda Turma).

“*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 118.257/PI, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma).

“AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. INDEFERIMENTO DE MEDIDA LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SÚMULA N. 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NEGATIVA AO RECURSO EM LIBERDADE E MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO: INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES. *HABEAS CORPUS* AO QUAL NEGADO SEGUIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. PRECEDENTES DESTE SUPREMO TRIBUNAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.” (HC 185.181 AgR/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma).

“*Habeas corpus*. 2. Posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei n. 10.826/2003). Prisão em flagrante convertida em preventiva. 3. Delito punido com detenção. Previsão legal de cumprimento em regime semiaberto ou aberto (CP, art. 33). 4. Violação ao princípio da proporcionalidade: a custódia cautelar se apresenta como medida mais gravosa do que a própria sanção a ser aplicada no caso de eventual condenação. Precedentes. 5. Constrição cautelar excessivamente gravosa. Decreto prisional com fundamentação precária. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. 7. *Habeas Corpus* não conhecido, entretanto, ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva decretada

HC 217183 / RJ

em desfavor do paciente, determinando ao Juízo de origem a análise da necessidade de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.” (HC 126.704/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma).

Ante o exposto, concedo a ordem para revogar a prisão preventiva do paciente mantida nos autos do processo 0026574-23.2021.8.19.0001, da 2ª Vara Criminal da Regional de Madureira - Comarca da Capital/RJ, sem prejuízo da fixação, pelo juízo competente, de uma ou mais medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal (art. 192 do RISTF).

Publique-se.

Brasília, 28 de junho de 2022.

Ministro **Ricardo Lewandowski**
Relator