

HABEAS CORPUS 262.320 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
PACTE.(S) : JOAO ADAILSON DA SILVA
IMPTE.(S) : GABRIEL RODRIGUES DE SOUZA E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO STJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INADEQUAÇÃO DA VIA. PRISÃO PREVENTIVA. CONDENAÇÃO NO REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR: INCOMPATIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA. HARMONIZAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO: AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão mediante o qual o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 216.696/SP.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado a 5 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo cometimento do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas), e a 1 ano de detenção, em razão do cometimento do delito do art. 12 da Lei nº 10.826, de 2003 (posse de munição de uso permitido). Negou-se o direito de recorrer em liberdade, mantendo-se prisão preventiva determinada anteriormente.

3. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, que denegou a ordem. Contra a decisão, formalizou-se a

HC 262320 / SP
impetração no STJ.

4. Neste *habeas corpus*, a defesa sustenta, em síntese, a incompatibilidade da manutenção da prisão preventiva ante o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto fixado na condenação. Argumenta inexistir excepcionalidade apta a justificar a prisão. Afirma que os fundamentos adotados pelas instâncias ordinárias – gravidade genérica do tráfico, necessidade de preservar a credibilidade da justiça e suposta periculosidade – são abstratos e não demonstram risco concreto à ordem pública, à instrução ou à aplicação da lei penal.

5. Requer, em sede liminar e no mérito, o afastamento da prisão preventiva.

É o relatório.

Decido.

6. A questão suscitada neste *habeas corpus* relativa à incompatibilidade da prisão preventiva com a condenação em regime semiaberto não passou pelo crivo STJ. A atuação originária desta Suprema Corte acarretaria supressão de instância e ampliação indevida da competência prevista no art. 102 da CRFB. Assim decidiram o Plenário e ambas as Turmas: HC nº 109.430-AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 10/04/2014, p. 13/08/2014; HC nº 164.535-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 17/03/2020, p. 20/04/2020; e HC nº 163.568/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 13/08/2019, p. 30/08/2019.

7. Verificada a inadequação da via eleita, a **concessão da ordem de ofício é providência excepcional**, a ser implementada somente quando constatada situação de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou mesmo

HC 262320 / SP

teratologia na decisão impugnada. Entendo ser o caso dos autos.

8. As **medidas cautelares** de natureza pessoal, gênero de que são espécies a prisão provisória e as medidas alternativas a essa, devem ser aplicadas observando-se, consoante o disposto no art. 282, inc. I, do Código de Processo Penal, a **necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.**

9. Uma vez demonstrados a materialidade do crime, os indícios de autoria (*fumus comissi delicti*) e a indispensabilidade da medida (*periculum libertatis*), o julgador, sob o prisma da **proporcionalidade**, deve avaliar, a partir do caso concreto, a **adequação** da medida (art. 282, inc. II, do CPP), observando-se a **excepcionalidade** (*ultima ratio*) da cautelar mais gravosa, a prisão (art. 282, § 6º, do CPP). Vigora o binômio **necessidade-adequação**, sendo essa última a definidora da medida a ser implementada.

10. Cumpre citar elucidativa lição doutrinária sobre o assunto:

“Sendo assim, tanto a prisão preventiva (*strictu sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei nº 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem pública e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou a absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. **O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas.**”

(CRUZ, Rogerio Schietti. *In: Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*, Ed. JusPodivm, 3ª Ed., p. 177 e 179;

HC 262320 / SP

grifos nossos).

11. A instrumentalidade, a acessoriedade e a provisoriedade são características da tutela cautelar processual penal, **das quais advém outro atributo: a proporcionalidade**. Assim leciona Gustavo Henrique Badaró:

“Aliás, na tutela cautelar, **a proporcionalidade é uma decorrência lógica da instrumentalidade e da provisoriedade**. Se a medida cautelar for mais gravosa que o provimento final a ser proferido, além de desproporcional, também não será dotada do caráter de instrumentalidade e acessoriedade inerentes à tutela cautelar. O instrumento não pode ir além do fim ao qual ele serve. O acessório segue o principal, mas não pode superá-lo ou ultrapassá-lo. Por outro lado, mesmo no que diz respeito à provisoriedade, não se pode admitir que a medida provisória seja mais severa que a medida definitiva que irá substituí-la e a qual ela deve preservar.”

(BADARÓ, Gustavo H. R. I. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 1.136; grifos nossos).

12. Com efeito, **a incompatibilidade da imposição ou da manutenção de prisão preventiva no caso de réu condenado a pena a ser cumprida em regime diverso do fechado tem sido assentada por ambas as Turmas desta Corte**, pois implicaria, de forma cautelar, punição mais severa que a decorrente do título condenatório. Nessa linha, destaco os seguintes precedentes: HC nº 130.773/SC (Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 27/10/2015, p. 23/11/2015); HC nº 183.677/SC (Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, j. 18/08/2020, p. 04/09/2020); HC nº 118.257/PI (Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 18/02/2014, p. 06/03/2014); e HC nº 185.181-AgR/MG (Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 29/06/2020, p. 06/07/2020). E ainda:

HC 262320 / SP

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA MANTIDA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL SEMIABERTO. INCOMPATIBILIDADE. REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. EXTENSÃO DOS EFEITOS A COACUSADO. 1. 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. 2. 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 em sentença condenatória superveniente. 3. No caso, o Superior Tribunal de Justiça determinou, liminarmente, o cumprimento da prisão preventiva do paciente em estabelecimento condizente com o regime prisional semiaberto, que fora estabelecido na sentença penal condenatória. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, confirmando-se a medida liminar. Extensão dos seus efeitos a coacusado."

(HC nº 132.923/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/04/2016, p. 26/04/2016; grifos nossos).

13. No caso em análise, o Juízo de origem negou ao paciente o direito de recorrer em liberdade, apesar da fixação do regime inicial semiaberto. Fundamentou a decisão na persistência dos motivos que justificaram a prisão preventiva. Eis a motivação:

“ Pelos mesmos fundamentos que decretou a prisão preventiva e pelos motivos que justificaram a fixação do regime inicial e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, nego aos réus o direito de

HC 262320 / SP

recorrer em liberdade, para garantia da ordem pública. O acusado permaneceu preso durante todo o processo, foi condenado a elevada pena, praticou delito equiparado a hediondo, estava na posse de relevante quantidade de drogas, nada justificando a soltura após a condenação.” (e-doc. 3, p. 18)

14. Considero que a superveniência de sentença condenatória, na qual estabelecido regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, evidencia alteração do quadro fático referente à adequação da preventiva.

15. Ainda que seja possível considerar configurada situação de cautelaridade, ante a gravidade da conduta (observada a apreensão de entorpecentes e diversas munições: 158 porções de cocaína, pesando 30,31 gramas, 13 porções de maconha, perfazendo 24,44 gramas, 3 cartuchos íntegros de arma de fogo, de calibre .38 e 2 carregadores de munição, calibre 380), **a prisão preventiva — frise-se, excepcional — mostra-se desproporcional, tendo em vista o regime de cumprimento da pena imposto na sentença.**

16. Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, **em casos excepcionais**, tem entendido ser possível impor a prisão preventiva, ou mantê-la, **ainda que estabelecido o regime semiaberto**, quando a medida extrema se revelar **indispensável em razão, por exemplo, da demonstração concreta da insuficiência ou ineficácia das cautelares diversas**. Nessa linha, vejam-se os seguintes precedentes:

“Assentada tal regra, podemos, em casos excepcionais, desde que respeitada a proporcionalidade em concreto, admitir a manutenção da prisão preventiva em situações de reiteração delitiva ou, por exemplo, violência de gênero.”

HC 262320 / SP

(HC nº 217.217-AgR/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 22/08/2022, p. 08/09/2022; grifos nossos).

"Penal e processual penal. *Habeas corpus*. **Incompatibilidade entre a prisão preventiva e o regime semiaberto fixado na sentença condenatória. Precedentes. Somente em casos excepcionais, desde que respeitada a proporcionalidade, admite-se a manutenção da prisão preventiva, como em situações de reiteração delitiva ou, por exemplo, violência de gênero.** Descabimento neste caso concreto. Ordem concedida."

(HC nº 205.179-AgR/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Red. do Acórdão Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 08/09/2021, p. 17/09/2021; grifos nossos).

17. Essa ressalva foi registrada, também, no voto-vogal do eminente Ministro Gilmar Mendes no HC nº 203.302-AgR/MG, nos seguintes termos:

"Portanto, em respeito à proporcionalidade, à presunção de inocência, que determina a provisoriedade das medidas cautelares, e à realidade fática, que torna infactível a execução da prisão provisória em estabelecimento compatível com o regime determinado na sentença, penso que devemos fixar a regra de que a manutenção da prisão preventiva é incompatível com a fixação de regime inicial semiaberto ou aberto na sentença condenatória.

Assentada tal regra, podemos, **em casos excepcionais**, desde que respeitada a proporcionalidade em concreto, admitir a manutenção da prisão preventiva em situações de reiteração delitiva ou, por exemplo, violência de gênero."

HC 262320 / SP

(HC nº 203.302-AgR/MG, Rel. Min. Nunes Marques, Segunda Turma, j. 15/09/2021, p. 02/12/2021; grifos nossos).

18. **Todavia, entendo ausente tal excepcionalidade no caso sob exame.** O Juízo de origem, ao negar o direito de recorrer em liberdade, deixou de apontar dados concretos a respeito da indispensabilidade da manutenção da preventiva ou, ainda, sobre a inviabilidade de imposição de medida cautelar diversa. Pelo contrário, **ante a primariedade e o patamar da sanção aplicada, fixou o regime intermediário para o início do cumprimento da pena.**

19. Ora, quando o Magistrado sentenciante deixa de considerar os contornos do delito, aptos a respaldar regime de cumprimento de pena mais gravoso, na aplicação da pena (escopo principal do processo-crime), fazendo-o apenas no âmbito cautelar (de natureza acessória, instrumental e provisória), tem-se revelada situação de inversão dos propósitos das tutelas satisfativa e cautelar.

20. Neste cenário, embora tenha sido demonstrada a necessidade de se resguardar a ordem pública, nota-se serem mais adequadas, bem assim suficientes, as medidas cautelares alternativas à prisão elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, permitindo-se que o paciente, submetido a restrições menos gravosas, aguarde a formação definitiva da culpa.

21. Por fim, consigna-se que eventual tentativa de **compatibilizar** a prisão preventiva ao regime de cumprimento da pena imposta na condenação, **além de não estar prevista em lei**, implicaria cancelar cumprimento antecipado da pena, em desrespeito ao decidido pelo Plenário desta Corte nas ADCs nº 43/DF, nº 44/DF e nº 54/DF. Nessa linha, a Segunda Turma, no HC nº 132.923/SC (Rel. Min. Teori Zavascki, j. 05/04/2016, p. 26/04/2016), assentou que *“[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*

HC 262320 / SP

(semiaberto) definido em sentença condenatória superveniente, pois, do contrário, “*essa compreensão implicaria admitir-se verdadeira antecipação do cumprimento da pena sem a definição da responsabilidade criminal do acusado*”.

22. Compactuando com esse entendimento, o eminente Ministro Alexandre de Moraes salientou que “*eventual manutenção da prisão preventiva em regime semiaberto, além de carecer de amparo legal, desvirtua o instituto da prisão preventiva, que, como se sabe, pressupõe cerceamento pleno do direito de locomoção. Tal situação acarreta a admissão de verdadeira antecipação do cumprimento da pena sem a definição da responsabilidade criminal do acusado*” (HC nº 180.131/MS, Rel. Min. Alexandre de Mores, j. 12/02/2020, p. 14/02/2020).

23. Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, **concedo a ordem, de ofício, para determinar a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas**, a serem definidas pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Sertãozinho/SP (Processo nº 1503273-35.2024.8.26.0530).

24. Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 26 de setembro de 2025.

Ministro **ANDRÉ MENDONÇA**

Relator