

HABEAS CORPUS 265.342 BAHIA

RELATOR : MIN. ANDRÉ MENDONÇA
PACTE.(S) : FELIPE DE CASTRO BEZERRA
IMPTE.(S) : CAMILLA CRISOSTOMO TAVARES
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA.
CONDENAÇÃO NO REGIME INICIAL
DIVERSO DO FECHADO.
MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA
CAUTELAR: INCOMPATIBILIDADE.
EXCEPCIONALIDADE NÃO
VERIFICADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, mediante o qual a Quinta Turma negou provimento ao Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 1.028.672/BA.

2. Colhe-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos, 1 mês e 7 dias de reclusão e ao pagamento de 810 dias-multa, como incurso no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343, de 2006 (tráfico de drogas privilegiado). Ao considerar o tempo de prisão provisória (8 meses e 26 dias), estabeleceu-se o regime inicial semiaberto. Negou-se o direito de recorrer em liberdade, mantendo-se prisão preventiva determinada anteriormente (e-doc. 7).

3. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça, sendo deferido parcialmente o pedido, determinando-se que a prisão preventiva seja cumprida em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. Contra a decisão, formalizou-se a impetração no STJ.

4. Neste *habeas corpus*, a impetrante sustenta, em síntese, a incompatibilidade da manutenção da prisão preventiva ante o regime inicial de cumprimento de pena semiaberto fixado na condenação.

5. Requer, em sede liminar e no mérito, a revogação da prisão preventiva.

É o relatório.

Decido.

6. 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.**

7. 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.

8. 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; grifos nossos).

9. 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).

10. 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:

“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).

11. No caso em exame, o Juízo de origem não concedeu ao paciente o direito de recorrer em liberdade, mesmo fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, sob a premissa de persistirem os fundamentos que ensejaram a preventiva. Eis os fundamentos lançados:

“Na espécie, realizada a prisão em flagrante, a prisão preventiva foi decretada em razão da variedade e quantidade das drogas apreendidas (o réu transportava/trazia consigo 30 (trinta) porções de pó compactado de cor branca, acondicionadas em embalagens plásticas prateadas, envoltas parcialmente por fita adesiva de cor marrom e em filme plástico translúcido, com o peso total de 32,740 kg (trinta e dois quilogramas e setecentas e quarenta gramas) da substância vulgarmente chamada de “cocaína”; além de 14 (quatorze) porções de substância petrificada de coloração amarelada/amarronzada, acondicionadas em embalagens plásticas de cor verde e envoltas em fita adesiva translúcida, contendo em uma das faces um retângulo adesivo contendo a inscrição “TT” de cor branca, com fundo preto, totalizando 14,581 kg (quatorze quilogramas e quinhentos e oitenta e um gramas) da substância conhecida como “cocaína”).

(...)

Não se verifica mudança no contexto fático no qual se insere a conduta atribuída ao acusado, impondo-se, por consectário lógico, a necessidade de manutenção da segregação cautelar como garantia da ordem pública, pois o fato delituoso descrito gera uma situação de comprovada periculosidade e elevada lesão ao meio social.” (e-doc. 7)

12. 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 imprescindibilidade da preventiva.

13. Ainda que seja possível considerar configurada situação de cautelaridade, ante a gravidade da conduta de tráfico de drogas, a prisão preventiva — **frise-se, excepcional** — mostra-se desproporcional, tendo em vista o regime de cumprimento da pena imposto na sentença, **sendo, inclusive reconhecidos pelo juízo a primariedade, os bons antecedentes e a natureza privilegiada do tráfico, ante a constatação de se tratar de paciente contratado para atuar na condição de “mula” do tráfico (e-doc. 7, p. 8).**

14. 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 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).

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

16. **Todavia, entendo ausente tal excepcionalidade no caso sob exame. O Juízo de origem, ante a primariedade, a ausência de maus antecedentes e o patamar da sanção aplicada, fixou o regime intermediário para o início do cumprimento da pena. Ademais, reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art.**

33 da Lei de Drogas, benefício voltado, como se sabe, ao pequeno traficante, aquele não envolvido com a criminalidade, para o qual o tráfico de entorpecente é um fato episódico e ocasional.

17. 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.

18. Neste cenário, 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 o julgamento do recurso interposto pela defesa.

19. Por fim, consigna-se que a tentativa de **compatibilizar** a prisão preventiva ao regime de cumprimento da pena imposta na condenação, **além de não estar prevista em lei**, implicaria chancelar 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 (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”.

20. Compactuando com esse entendimento, o eminente Ministro Alexandre de Moraes salientou que “eventual manutenção da prisão

HC 265342 / BA

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).

21. Ante o exposto, com base no art. 192 do RISTF, **concedo a ordem de habeas corpus, para determinar a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas, a serem definidas pelo Juízo da Vara Criminal da Ibotirama/BA, processo nº 8001184-91.2024.8.05.0099.**

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 18 de dezembro de 2025.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA
Relator