

05/12/95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS Nº 72799-9 RIO DE JANEIRO

PACIENTES: LUIS FELIPE OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS, MARCUS VINICIUS OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS E ANTONIO EDUARDO COTA HALLAK.

IMPETRANTES: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTROS  
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". FIANÇA. NÃO CABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. CPP, ART. 324, IV. EXECUÇÃO PROVISÓRIA.

I. - Não é cabível a concessão de fiança se presentes os motivos para a prisão preventiva. CPP, art. 324, IV. Na hipótese, os réus evadiram-se quando da decretação da prisão preventiva e se apresentaram, após prolatada a sentença condenatória, para evitar que ela transitasse em julgado.

II. - Pena fixada em dois anos e oito meses, no regime semi-aberto, vencido um dos juizes, que a fixava em dois anos, pelo que foram interpostos embargos infringentes. Possibilidade de a progressão ser deferida. Precedente do STF: Ação Penal nº 307-DF.

III. - H.C. deferido, em parte.

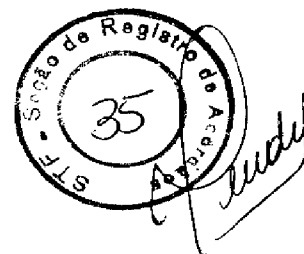
A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, deferir em parte o habeas corpus, para, tendo em conta a situação do paciente, condenado no regime semi-aberto, assegurar-lhe, desde logo, poder progredir ao regime aberto, desde que verificados os requisitos subjetivos pelo Juízo competente, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferia o habeas corpus, assegurando ao paciente a prestação de fiança.

Brasília, 05 de dezembro de 1995.

NÉRI DA SILVEIRA - PRESIDENTE

  
CARLOS VELLOSO - RELATOR



05/12/95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 72.799-9 RIO DE JANEIRO

PACIENTES: LUIS FELIPE OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS, MARCUS VINICIUS OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS E ANTONIO EDUARDO COTA HALLAK.

IMPETRANTES: NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTROS  
COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

## R E L A T Ó R I O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO: Trata-se de habeas corpus impetrado em favor de LUÍS FELIPE OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS, MARCUS VINICIUS OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS e ANTONIO EDUARDO COSTA HALLAK, em que se alega que os pacientes estão sofrendo constrangimento ilegal, atribuído à 6ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consistente na denegação de habeas corpus no qual se pedia fosse arbitrada fiança em favor dos pacientes.

É deste teor a ementa do acórdão questionado:

"HC - PROCESSUAL PENAL - PRISÃO PREVENTIVA - APELAÇÃO - LIBERDADE - A regra, decorrência do princípio da presunção de inocência, é o acusado responder o processo em liberdade. A prisão cautelar e a prisão processual configuram exceções. Mantém-se a eficácia do decreto de prisão preventiva, daí a legalidade de, nessa situação, aguardar o julgamento do recurso preso, evidenciada a incidência de fato novo que recomende mudar a situação jurídica. No caso sub judice, os pacientes evadiram-se para não se



HC 72.799-9 RJ

submeterem à prisão preventiva. Apresentaram-se após a sentença condenatória. Nenhum direito deve ser invocado para contornar obrigação não cumprida." (fl. 160).

Alegam, em síntese os impetrantes:

a) que os pacientes responderam a ação penal perante a Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na qual lhes foi imputada a infringência aos arts. 171 e 288 do Código Penal, sendo-lhes decretada a prisão preventiva;

b) que, condenados, recorreram ao Tribunal de Justiça, que deu provimento ao recurso para afastar a incidência do art. 288 e reduzir a pena para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, com o voto vencido de um dos Desembargadores, que fixava a pena em dois anos de reclusão, com sursis. Com base no voto vencido, ofereceram embargos infringentes;

c) que, além dos embargos infringentes, com vistas à prevalência do voto vencido, foram interpostos também os recursos especial e extraordinário;

d) que, afastada a acusação referente ao art. 288 do Cód. Penal, restou apenas a acusação alusiva ao estelionato, "induidosamente afiançável";

e) que, não obstante a decisão provisória que os condenou aluda ao regime prisional semi-aberto, os pacientes

HC 72.799-9 RJ

estão submetidos a regime fechado, há mais de um ano;

f) que o fato de continuarem os pacientes presos, em regime fechado, caracteriza, sem dúvida, um indisfarçável excesso de execução;

g) que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 3333, "endossou por completo o entendimento do Desembargador Murta Ribeiro, da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça...", que foi o voto vencido no julgamento da apelação dos pacientes, sendo certo que a objeção do referido Desembargador "se limitou à interpretação equivocada que deu ao art. 323 inciso I do Código de Processo Penal";

h) que, nos termos do art. 323, I, do CPP, não se concede fiança nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos. No caso do delito de estelionato, tipificado no art. 171 do Cód. Penal, a pena mínima é de um ano de reclusão, pelo que não há óbice à pretensão de fiança.

Depois de outras considerações e de transcrever trecho do acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte no RHC 63.684-MG, sobre a inteligência do art. 323, I, do CPP, requerem os impetrantes, com a medida liminar, "a concessão do writ para que se garanta o direito à fiança, postulação mais adequada à proteção dos pacientes, ou, no mínimo, para que a execução provisória se perfaça sob os parâmetros da lei..."

Indeferida a medida liminar (fl. 18-v), contra

HC 72.799-9 RJ

essa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 141/150), a que foi negado seguimento (fls. 151/151-v).

O eminente Ministro Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça prestou informações (fl. 159), encaminhando cópia dos acórdãos proferidos no HC 3333-RJ e no RHC 3300-RJ, em nome dos ora pacientes.

Pela petição de fls. 180/183, reitera o advogado dos pacientes o pedido de liminar, ao argumento de que "nada justifica a manutenção dos pacientes no cárcere, particularmente em regime fechado, sendo no mínimo de reclamar-se..." a observância do regime semi-aberto.

Oficiando às fls. 185/188, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral Wagner Natal Batista, opina pelo indeferimento do pedido, ao argumento de que, realmente, com a absolvição dos pacientes do crime de quadrilha, a pena mínima prevista para o crime de estelionato estaria dentro das hipóteses de concessão da fiança, mas há que se levar em conta, também, "as hipóteses específicas de não cabimento da fiança, particularmente aquela em que nega-se sua concessão nos casos em que tiver cabimento a prisão preventiva". No caso, a prisão preventiva foi decretada "pelo fato de terem os réus demonstrado intenção em se furtar à aplicação da lei penal e no fundado receio de que poderiam dificultar a instrução criminal, conforme ficou caracterizado no decreto de prisão cautelar..."

Quanto ao pleito de execução provisória da sentença, observa o parecer que se trata ainda de prisão



HC 72.799-9 RJ

processual, não se podendo falar, por enquanto em execução ou em excesso de execução, uma vez que, "com a oposição dos embargos infringentes a execução da pena fica sustada até o final do julgamento daqueles, graças ao seu efeito suspensivo". A execução provisória somente será possível com relação à parte unânime da decisão. No caso, a decisão unânime foi apenas a absolvição da imputação do artigo 288 do Código Penal. Por maioria, a 2ª Câmara Criminal reduziu a pena aplicada pela infringência ao art. 171 para dois anos e oito meses de reclusão e quinze dias-multa, ficando vencido o Relator, que fixava a pena dos réus, ora pacientes, em dois anos de reclusão e lhes concedia o benefício da suspensão condicional da pena, por igual prazo.

Conclui o parecer que "a divergência se deu exclusivamente no que pertine ao quantum da pena a ser aplicada e, por conseqüência, na concessão da suspensão condicional da pena".

É o relatório.

*Judice*

05/12/95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N° 72.799-9 RIO DE JANEIRO

## V O T O

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator):  
Denunciados como incurso nos arts. 171 e 288 do Código Penal, os pacientes tiveram decretada a prisão preventiva e foram posteriormente condenados, em primeiro grau, a 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e multa.

Pelo que consta dos autos, o decreto de prisão preventiva não chegou a ser cumprido, porque os pacientes evadiram-se.

Inconformados, apelaram ao Egrégio Tribunal de Justiça, que, por maioria, vencido o relator, deu provimento parcial ao recurso para afastar a condenação pelo art. 288 do Código Penal e reduzir a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Com fundamento no voto vencido, que fixava a pena em 2 (dois) anos de reclusão e concedia aos ora pacientes a liberdade condicional, opuseram embargos infringentes, ainda não julgados, consoante informam os impetrantes (fl. 181).

A Sexta Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, apontada como coatora, denegou habeas corpus requerido pelos impetrantes, no qual se pedia o arbitramento de fiança em favor dos pacientes. *ML*

HC 72.799-9 RJ

Impetra-se, agora, novo habeas corpus, perante esta Corte, em que se alega que está havendo excesso de execução, dado que 4 foram condenados a cumprir a pena em regime inicial semi-aberto e continuam a cumpri-la em regime fechado e que fazem jus à concessão da fiança, por serem primários e de bons antecedentes.

Pede-se, por isso, a concessão da fiança ou, pelo menos, que a execução provisória seja cumprida no regime semi-aberto.

A Egrégia Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça indeferiu o habeas corpus impetrado em favor dos pacientes, com idêntico pedido, em que foi Relator o eminente Ministro Vicente Cernicchiaro.

Destaco do voto condutor do acórdão, da lavra do eminente Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

"A presunção de inocência não inibe medidas restritivas ao exercício do direito de liberdade. Aliás, a própria Carta Política prevê hipóteses dessa espécie (art. 5º, LXI, LXII). No mesmo sentido, o enunciado da Súmula 9, STJ.

No caso sub judice, os Pacientes encontram-se presos por efeito de prisão preventiva. Não cumprida porque se evadiram. Apresentarem-se posteriormente porque condenados



**HC 72.799-9 RJ**

em 1º grau de jurisdição, a fim de ensejar a seqüência do recurso de apelação.

Os Pacientes, no recurso, não obtiveram absolvição, embora, parcialmente, lhes haja sido favorável. Restaram condenados a 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semi-aberto e 15 dias-multa (fls. 53). O ilustre impetrante, no pedido, formula o arbitramento da fiança (fl. 18).


Sempre entendi, levando em conta a teleologia da norma, em havendo sido fixada a sanctio iuris concretamente, deve, para efeito de fiança, preferir à pena cominada.

Em Direito Penal e Direito Processual Penal, quando possível cumpre levar em conta a pena in concreto, dado traduzir a sanção adequada àquela hipótese.

O v. acórdão afastou o crime de Quadrilha. Manteve a condenação somente quanto ao estelionato. Assim, a sanção é restrita a um só crime.

O Código de Processo Penal estatui:

'Art. 323. Não será concedida

fiança: 

**HC 72.799-9 RJ**

I - nos crimes punidos com  
reclusão em que a pena mínima cominada  
for superior a dois anos.'

Acrescente-se, após o decreto da  
preventiva, a sentença reconheceu a infração  
penal prestigiada pelo aresto. Não surgiu fato  
novo útil para desconstituir a cautelar. Para  
tanto não pode ser considerada a apresentação  
para apelar em liberdade. Aliás, o fato evidencia  
efeito contrário à prestação deduzida no habeas  
corpus. Até evidente prova contrária, deixa  
evidente propósito de evitar a prisão. Fizeram-no  
só para evitar o trânsito em julgado da sentença  
condenatória." (fls. 163/164).

Como salienta, com acerto, o Min. Cernicchiaro,  
após a decretação da prisão preventiva, que não foi cumprida em  
razão da fuga dos pacientes, nenhum fato novo surgiu para  
justificar a revogação da medida cautelar, sendo certo que eles  
só se apresentaram, depois da sentença condenatória, para  
evitar que esta transitasse em julgado.

O eminente Desembargador Murta Ribeiro, da  
Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio  
de Janeiro, no despacho que negou a concessão de fiança  
requerida em favor dos ora pacientes, ressaltou que, na  
hipótese, já havia ocorrido a aplicação da pena (superior a  
dois anos) e que era essa que deveria ser levada em conta para  
o efeito do art. 323 do CPP e não a pena em abstrato. *ml*

HC 72.799-9 RJ

Está no referido despacho:

"Assim, a pena cominada **in abstracto** cede lugar a pena concretizada pelo julgamento da Apelação e que se fixou em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semi-aberto. Certo que, mesmo no que se argumente que a situação dos Apelantes é em tudo semelhante àquelas verificadas nos precedentes trazidos à colação — um do próprio Órgão Julgador HC-746/89 — Relator eminente Des. Décio Góes e HC 94.02/0616-2 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Relator Des. Fed. Alberto Nogueira —, ambos referentes ao direito de apelar em liberdade, na verdade, as situações trazidas a exame não são idênticas. **In casu**, já ocorre aplicação da pena por parte deste Órgão Julgador e o possível e futuro embargo infringente, está limitado aos termos do voto vencido em parte, não se tratando mais de pena cominada **in abstracto**, mas de pena concretizada e superior a 2 (dois) anos. Não se podendo, argumentar destarte que a pena do voto vencido em parte, se prevalente quando do julgamento dos embargos infringentes, estaria a permitir a fiança. Na hipótese, tenho que se modificou o título da prisão dos recorrentes, que não estão mais presos cautelarmente, mas, sim, em virtude de sentença reformada em parte em 2º Grau, cuja pena



HC 72.799-9 RJ

concretizada a teor do que dispõe o artigo 323, I do Código de Processo Penal não permite fiança. Sendo o precedente do Órgão Julgador uma decisão isolada, na qual se deu uma interpretação bastante elástica ao dispositivo legal invocado, ainda com a nuance de que poderia ser alcançada até mesmo a absolvição. No caso em tela não se poderá ultrapassar os limites do voto vencido, e, portanto, sem razão as defesas ao referirem a pena **in abstracto** de 01 (hum) a 05 (cinco) anos de reclusão como expressamente o fizeram as defesas de Nísio Jorge e Antonio Eduardo. Outrossim, segundo entendimento predominante do Supremo Tribunal Federal, se o réu ou os réus já se encontrassem presos — como é o caso dos autos — por ocasião da interposição do Recurso não serão soltos, e, apenas, se estivessem em liberdade, assim permaneceriam.

De sorte que, já tendo sido a liberdade provisória dos pacientes várias vezes requerida e rejeitada por este Órgão Julgador em julgamento de vários habeas-corpus, não creio que nesta fase processual se possa novamente reeditar aquelas postulações, tanto mais que outro o título da prisão dos pacientes.

Por tais motivos, indefiro as pretensões deduzidas, eis que entendo não cabível no caso em tela o arbitramento da fiança



HC 72.799-9 RJ

postulada." (fls. 59/60).

O parecer do Ministério Público Federal registra que a concessão da fiança não fica adstrita apenas à pena em abstrato ou em concreto.

Deve-se atentar também para as hipóteses específicas de não cabimento da fiança, principalmente os casos em que tem cabimento a prisão preventiva.

No caso dos autos, a prisão preventiva dos pacientes, continua o parecer, não foi determinada pela gravidade do crime de quadrilha, ou pelo clamor gerado no meio social, como querem fazer crer os impetrantes, "mas sim pelo fato de terem os réus demonstrado intenção em se furtar à aplicação da lei penal e no fundado receio de que poderiam dificultar a instrução criminal", conforme ficou caracterizado no decreto de prisão cautelar:

"6. A farta documentação que instrui a denúncia evidencia, de início, a existência dos crimes narrados naquela peça, bem como traz fortes indícios de que os denunciados foram seus autores, causando com suas reprováveis condutas elevados prejuízos a grande número de vítimas, que depositaram confiantes em mãos daquelas suas economias.

O noticiário veiculado pela imprensa escrita e televisada atesta que os crimes causaram grande clamor público, inclusive determinando reuniões e

**HC 72.799-9 RJ**

tomada de posição conjunta dos lesados, conforme se verifica, em especial, pelos documentos de fls. 8 e 324, respectivamente, dos Inquéritos Policiais 981 e 982/92, ao ponto do Ministério Público ajuizar ação civil pública contra empresas e sócios. Acrescente-se que os réus, sócios das empresas MML-Cadillac Automóveis Ltda., Autoworld Importação e Exportação Ltda. e Importdeal Importação e Exportação Ltda., sendo que o terceiro, embora tenha se retirado da Autoworld, continuou a assinar pela mesma, não foram mais encontrados a partir do momento em que os fatos se tornariam públicos, não prestando qualquer esclarecimento às autoridades policiais, além de deixarem angustiadas as inúmeras vítimas. Tais atitudes dão a certeza de que a instrução criminal e a aplicação da lei penal serão dificultadas caso permaneçam os denunciados em liberdade, além do que o Poder Judiciário, em respeito à sociedade e principalmente às vítimas, não pode deixar de se pronunciar de forma serena porém firme, consolidando um pouco mais na mente dos brasileiros que os poderosos também são punidos." (fl. 77)

A jurisprudência desta Corte tem entendido que descabe a concessão de fiança quando se justifica a prisão preventiva.

Assim decidiu a Primeira Turma na RHC 63.654-MG,

HC 72.799-9 RJ

Relator o Ministro Sydney Sanches:

"Fiança. Descabimento quando, na hipótese, se justifica a prisão preventiva dos indiciados (art. 324, inciso IV e 311 e 312 do CPP). Habeas Corpus indeferido.

Recurso de habeas corpus improvido."  
(RTJ 117/617).

Nesse mesmo sentido decidiu aquela Turma, no RHC 67.400-RJ, Relator o Ministro Moreira Alves:

"Habeas corpus. Prisão preventiva. Fiança. Se ocorrerem — como ocorrem na espécie — as circunstâncias que permitem a decretação da prisão preventiva, nada impede ao juiz que, anulado o auto de prisão em flagrante, decrete aquela prisão cautelar.

O decreto de prisão preventiva está devidamente justificado para a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal.

Não há que se pretender a liberdade mediante fiança em hipótese, como a presente, em que se verificam as circunstâncias a que aludem os artigos 323, V, e 324, IV, do Código de Processo Penal.

Recurso ordinário não conhecido em

**HC 72.799-9 RJ**

parte; e, na parte em que foi conhecido, a ele se negou provimento." (RTJ 129/1224).

Não há falar, por outro lado, em execução provisória da sentença ou em excesso de execução, pois o que há, ~~por~~ enquanto, é a prisão processual, bem registra o Ministério Público Federal, que esclarece que, com a oposição dos embargos infringentes, a execução da pena ficou sustada até o seu julgamento, dado o seu efeito suspensivo. A execução provisória será possível apenas quanto à parte em que a decisão for unânime. Aliás, afirma Mirabete que o efeito suspensivo "se limita ao objeto da divergência", conforme já decidiu o Supremo Tribunal (Julio Fabbrini Mirabete, "Código de Processo Penal Interpretado", Ed. Atlas, 2ª ed., 1994, pág. 710).

Na hipótese, a Egrégia Segunda Câmara Criminal do TJ/RJ deu provimento parcial à apelação interposta pelos ora pacientes, para absolvê-los da acusação do art. 288 do Cód. Penal, e, por maioria, para reduzir a pena, pela infringência ao art. 171, a dois a nos e oito meses de reclusão e quinze dias-multa, vencido o Desembargador Relator, que apenas os pacientes em dois anos de reclusão e concedia-lhes o benefício da suspensão condicional da pena, por igual prazo.

Tendo sido os pacientes condenados pelo crime de estelionato e absolvidos pelo de quadrilha, a divergência se deu, tão-somente, no quantum da pena a ser aplicada e, em consequência, na concessão da suspensão condicional da pena.

Conclui o parecer que, como a decisão da maioria





HC 72.799-9 RJ

mantinha os ora pacientes na prisão, e que o voto vencido concedia a eles a suspensão condicional da pena, "evidentemente, não há falar em execução provisória, por ora".

Ponho-me de acordo com o parecer, no ponto.

Do exposto, indefiro o writ.

*mueller*

05/12/95

SEGUNDA TURMA

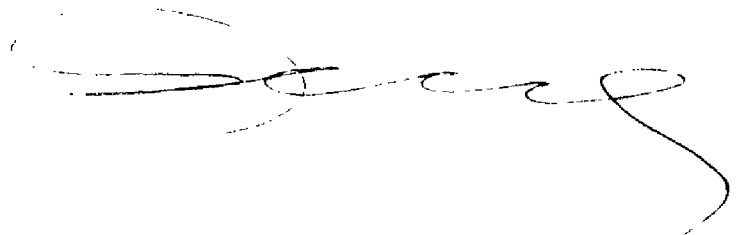
HABEAS CORPUS Nº 72.799-9 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SR. MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA: - Sr. Presidente, quanto à fiança, acompanho integralmente o voto do eminente Relator. Todavia, no que diz respeito ao regime - tanto na sentença como no apelo, foi o semi-aberto -, parece-me que assiste inteira razão ao representante do Ministério Público.

Embora também entenda que, na hipótese, trata-se de uma condenação *in concreto*, uma vez fixado o regime semi-aberto não se justifica que o cumprimento se faça no regime fechado.

Por conseguinte, concedo a ordem relativamente à manutenção do regime imposto, de tal modo que se assegure ao paciente as prerrogativas a ele inerentes, sem prejuízo da progressão para o regime aberto, preenchidos os requisitos do artigo 112 da Lei de Execução Penal.



05/12/95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 72.799-9 RIO DE JANEIRO

## V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, no particular, peço vênias ao nobre Relator. Faço-o sufragando o que decidido, por esta Corte, em acórdão publicado na Revista dos Tribunais nº 608, à página 419, mediante o qual foi dirimida controvérsia sobre a pena a ser considerada, tendo presente o disposto no inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal, para concluir-se pelo direito à fiança, instituto que tem por base a menor extensão da gravidade do crime. Somente é plausível compreender-se o teor desse preceito assentando-se a premissa de que deve ser sopesada a pena mínima, a prevista para o tipo e não a aplicada ao caso concreto. Se afastarmos essa tese, repudiando, por conseguinte, a conclusão a que chegou esta Corte no precedente a que me referi e que foi citado por Damásio E. de Jesus, em "Código de Processo Penal Anotado", estaremos a desconhecer a razão de ser, a causa socialmente aceitável do inciso I em comento. Leio, para minha reflexão, o dispositivo:



HC 72.799-9 RJ

Art. 323. Não será concedida fiança:

I - nos crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada for superior a dois anos;

Não há referência, nesse preceito, à pena imposta ao acusado, mesmo porque a fiança pode preceder a condenação. A única alusão nele contida diz respeito à pena mínima cominada; juiz não comina pena; órgão investido do ofício judicante não comina pena; ela é cominada, para o tipo, pela norma legal. Ora, segundo o texto do artigo 171, para o estelionato estabeleceu-se o mínimo de um e o máximo de cinco anos.

Como desconhecer, então, a baliza legal, para potencializar-se uma sentença condenatória que, na dicção desta Turma, não se aperfeiçoou sequer no âmbito ordinário, porquanto pendem ainda embargos infringentes com que se ataca, justamente, a exasperação da pena? Esses embargos sublinham a boa procedência do voto vencido, proferido pelo vogal, no âmbito da Câmara.

Senhor Presidente, poderia até pedir vista para fazer uma pesquisa mais aprofundada da jurisprudência da Corte, porque não vejo como, a esta altura, oscilarmos no que concerne ao enquadramento da hipótese. Não tenho como dizer que o Supremo Tribunal Federal, claudicou quando apontou que a pena a ser levada em conta diante da regra inserta no inciso I do artigo 323 é a pena

HC 72.799-9 RJ

mínima para o tipo. Por isso, já aqui, caminho para a concessão da ordem, viabilizando, portanto, a fiança. Esclareço que, expungida a pena resultante do crime de quadrilha, imposta na sentença, não houve recurso do Ministério Público. Não há possibilidade, assim, de, no julgamento dos embargos infringentes, vir a ser piorada a situação da defesa, daqueles que opuseram os embargos.

Surge o problema da execução. Fico a cada dia mais pasmo quando se fala, no campo penal, em execução provisória. A expressão nos vem do Direito Processual Civil, revelando a execução na qual, sem caução, não se pode chegar a atos que impliquem expropriação, em prejuízo maior para o executado. A espécie sempre pressupõe a possibilidade de retorno ao *statu quo ante*, pelo menos no campo indenizatório. No âmbito criminal, não se devolve liberdade a quem quer que seja. Perde-se a liberdade e isso exsurge definitivo. Não se retroage no tempo para apagar-se o período de custódia ocorrido. Todavia, o Plenário repetiu, há pouco tempo, pronunciamentos anteriores, dizendo, em que pese aos novos ares decorrentes da Carta Cidadã, de 1988, no que homenageado o princípio da não-culpabilidade, que é viável chegar-se à execução do título "executivo judicial" antes do trânsito em julgado, antes de assentada, antes de tornada extremo de dúvidas a culpa do condenado.

HC 72.799-9 RJ

Atuo em Órgão fracionário e, até mesmo visando a afastar a babel, a perplexidade dos jurisdicionados, não posso desconhecer essa orientação do Plenário. Deixo o tema para ser discutido em sede própria, que é a revelada pelo Colegiado maior.

O caso, entretanto, apresenta singularidade. Indaga-se, Senhor Presidente: é possível ter-se a chamada execução provisória de forma mais gravosa do que aquela consignada no título que a enseja? Em síntese, prevendo a sentença condenatória o regime de cumprimento semi-aberto, podemos partir para a execução, dita provisória, no regime fechado? A egrégia Primeira Turma já deliberou sobre o tema, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 72.162/MG, e, a uma só voz, assentou que, mesmo admitida a chamada execução provisória - tal como o autor do voto condutor do julgamento - Ministro Sepúlveda Pertence - não a admito - não deve ela ser efetivada em regime mais severo que o da eventual condenação definitiva, se persistir, porque, no caso, pendem de apreciação os embargos infringentes.

Senhor Presidente, a primeira matéria prejudica a segunda. Se concluo que o caso vertente, ante a pena mínima prevista para o tipo, enseja a observância do disposto no inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal - e aí levo em conta o acórdão da lavra do Ministro Francisco Rezek -, tenho por prejudicada a segunda questão, que me levaria a conceder parcialmente a ordem para



HC 72.799-9 RJ

viabilizar ao Paciente, ou Pacientes, a progressão no regime de cumprimento da pena. Nem se diga que a prisão especial hoje usufruída mostra-me mais favorável. Ela deságua na custódia em regime fechado. Neste ponto, comungo com o ilustre Procurador que nos assiste, Dr. Cláudio Lemos Fontelles, entendendo que deve ser superada a óptica manifestada no parecer escrito, constante dos autos.

Concedo a ordem em maior extensão, tendo em vista o direito dos Pacientes à fiança, tal como ela está disciplinada no inciso I do artigo 323 do Código de Processo Penal, lembrando, inclusive, que daqui a pouco estarão mais tempo presos do que o próprio período balizado na sentença, até aqui prevalente, que é a sentença *lato sensu*, resultante do julgamento da apelação. Eles estão presos há um ano e oito meses, e a pena máxima que poderão vir a cumprir, se desprovidos os embargos infringentes, se houver insucesso na via do especial, insucesso na via do extraordinário, é de dois anos e oito meses. Lamento, inclusive, que, em se tratando de processo a envolver réus presos, ainda não tenha havido apreciação dos embargos infringentes.

É o meu voto.



05/12/1995

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 72.799-9 RIO DE JANEIRO


V O T O

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - No que concerne à fiança, acompanho os votos dos Srs. Ministros Relator e Maurício Corrêa. Faço-o, invocando tão-só o disposto no art. 324, inciso IV, do CPP.

Não se concede fiança quando presentes os motivos que alteram a decretação da prisão preventiva. No caso concreto, os réus se encontravam detidos, em razão dessa prisão preventiva, decretada, agora, com o título condenatório decorrente da decisão de primeiro grau, confirmada pelo Tribunal a quo. Não vejo, a esta altura e por essa razão, como deferir o direito à fiança.

Acompanho, assim, o Sr. Ministro-Relator, indeferindo a pretensão.

Relativamente ao segundo ponto, recordo-me que fui Relator, na Turma, há uns dois anos, talvez, de um **habeas corpus** impetrado em favor de um engenheiro do Rio de Janeiro, César Prosdócimo, que se encontrava em regime de prisão especial. O processo havia se prolongado demasiadamente em segundo grau, de tal maneira que o pressuposto objetivo para a progressão do regime fechado a que fora condenado, como regime inicial do cumprimento da pena, já estava satisfeito; ademais, a conduta do paciente, ao que tudo indicava, também levaria ao atendimento dos requisitos subjetivos.







05/12/95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 72.799-9 RIO DE JANEIRO

V O T O

ADITAMENTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, gostaria apenas de explicitar por que não considerarei a norma insculpida no inciso IV do artigo 324 do Código Penal.

Entendo que esse dispositivo resultou de uma interpretação sistemática do texto do artigo 312, quanto à preventiva, e da regra, que poderia parecer absoluta, do artigo 323, no que são previstas as hipóteses em que é possível a fiança.

Em última análise, Senhor Presidente, quer parecer-me que o inciso IV revela que a fiança não será observada, antes de ter-se decreto condenatório, quando existentes, em si, os motivos autorizadores da decretação da prisão preventiva. Nesse caso é que não se terá a fiança. Tenha-se presente o exemplo da prisão em flagrante delito. Acionado o artigo 323, ter-se-ia o direito à fiança; mas, atendida, se for o caso, a regra do inciso IV, fica inviabilizado.

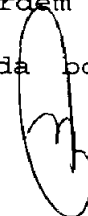


HC 72.799-9 RJ

Acresce que, no âmbito da Turma, ressalvo o meu ponto de vista relativamente à execução. O Tribunal Pleno tem concluído que, vindo à balha o decreto condenatório, ainda que não coberto pela preclusão maior, é cabível a execução. Se se trata de execução, a custódia não decorre mais da preventiva. De duas, uma: não podemos agora, neste *habeas corpus*, conceder a ordem em parte, admitindo a execução provisória do título, e indeferir o pleito de fiança a partir da prisão decretada a título preventivo. Ou o quadro sinaliza para a preventiva, ou para a prisão resultante de uma execução precoce, sob pena de incongruência no assentamento das teses para chegar-se ao indeferimento do *habeas*, da segurança, da ordem, no que concerne à primeira matéria, que é a fiança, e ao deferimento, embora parcial, no segundo tema - a progressão do regime. Lembro que a preventiva sempre é cumprida no regime fechado, e a Turma está caminhando para concluir que concorre o direito à progressividade do regime, podendo ser alcançado o aberto.

Estou me estendendo em demasia, neste caso, e o faço porque é a derradeira chance de quem já está recolhido há um ano e oito meses e ainda não tem contra si provimento judicial trânsito em julgado, ainda não tem a culpa devidamente estabelecida.

Mantenho o voto no sentido da concessão da ordem e ressalto, mais uma vez, que, sob o prisma da coerência, da boa



HC 72.799-9 RJ

lógica, não posso, a um só tempo, num mesmo processo, dizer que se tem uma preventiva para efeito de indeferir a fiança e que os Pacientes estão presos por força de decreto condenatório passível de ser executado, embora "provisoriamente". Repito: ou há preventiva, ou não há. Penso que, concedida a ordem - e tudo indica que a Turma irá deferi-la -, restará assentado que foi suplantada a preventiva inicialmente decretada.

É o meu voto.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'M' or similar character, enclosed within a circular scribble.

05/12/95

SEGUNDA TURMA


HABEAS CORPUS N° 72.799-9 RIO DE JANEIRO

V O T O

(RETIFICAÇÃO)

O Sr. Ministro CARLOS VELLOSO (Relator): - Sr. Presidente, V.Exª, no seu douto voto, indicou precedente do Supremo Tribunal Federal, tomado na Ação Penal n° 307, no qual o Plenário, em caso semelhante, concedeu ao acusado Paulo César Farias a progressão. De modo que, forte em tal precedente, peço licença para retificar a segunda parte do meu voto, para o fim de assegurar ao acusado, desde que atendidas as exigências legais, o regime semi-aberto com a possibilidade de progredir para o regime aberto.

Assim, defiro, em parte, o habeas corpus.



05/12/1995

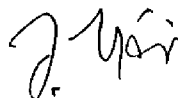
SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS N. 72.799-9 RIO DE JANEIRO

## RETIFICAÇÃO DE VOTO

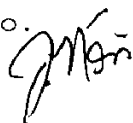
O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE): - A dificuldade está exatamente em conciliar as duas situações. Todo o sistema de progressão foi feito na previsão de um regime penitenciário comum, permanecendo a prisão especial até que haja condenação definitiva e o trânsito em julgado da sentença. Se for condenado, o réu é recolhido para o sistema penitenciário, perdendo o direito à prisão especial no momento em que transitar em julgado o decisum.

No caso, houve um primeiro julgamento em que o Tribunal entendeu não ser possível falar-se em progressão, enquanto não houvesse o trânsito em julgado do acórdão condenatório, vinculando-se exatamente à compreensão segundo a qual o regime é o penitenciário comum; somente neste pode haver progressão. Mas, em julgamento subsequente, o Tribunal evoluiu no sentido de entender que seria uma injustiça manter o acusado preso, em regime fechado, além do tempo necessário; se ele estivesse no regime penitenciário comum teria o direito à progressão, porque já havia atendido o pressuposto objetivo do tempo de permanência na prisão. Estando em regime que, em princípio, seria mais favorável, o regime de prisão especial, não se poderia entender que ele ficasse desfavorecido, em face do que prevê a lei para qualquer condenado, qual seja, progredir no regime de cumprimento da pena. No caso, o Tribunal, efetivamente, conciliou essas duas situações, determinando que fosse ele submetido, já que havia atendido ao pressuposto objetivo, aos exames de verificação do preenchimento dos requisitos subjetivos,



para a progressão do regime semi-aberto, em que estava condenado, para o aberto.

Assim sendo, estou concedendo o **habeas corpus** exatamente nesses termos, porque penso que o paciente já tem direito ao regime semi-aberto. Mas, o que, realmente, interessa ao condenado, em situação como esta, é a progressão para o regime aberto; e, no caso concreto, para que lhe seja garantido o regime aberto, tendo em conta que ele já cumpriu um ano e oito meses dos dois anos e oito meses, que é o máximo de prisão a que ele pode ficar submetido, o que há é a necessidade de verificação dos pressupostos subjetivos para o gozo do regime aberto.



05.12.95

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS

Nº 00727999/130

V O T O

(ESCLARECIMENTO SOBRE MATÉRIA DE FATO)

O DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (ADVOGADO): -  
Sr. Presidente, pela ordem.

De acordo com o julgado, ficou positivado que se assegurou aos pacientes o regime semi-aberto, que é o da sentença e o do acórdão. E o resultado, tal como proclamado, traduz uma expectativa de um pedido futuro que sequer foi especificado na impetração.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-  
Parece-me que o paciente não está pretendendo ir para a colônia agrícola, mas para um regime mais favorável do que o regime especial, porque este não deixa de ser um regime fechado. O paciente está recolhido a uma sala especial.

O DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (ADVOGADO): -  
Ele está no Ponto Zero, no Rio de Janeiro, uma prisão especial fictícia; mas isso não importa agora. Apesar de a tabuleta dizer que é especial, trata-se de uma masmorra medieval.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-  
Então é de acreditar-se que o paciente esteja pretendendo regime mais favorável, porque, na execução do regime semi-aberto, ao transitar em julgado a sentença, ele seria recolhido para o estabelecimento penitenciário que viabilizasse o cumprimento da pena em regime semi-aberto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO: - Sr. Presidente, é bom que fique explicitado: quanto à primeira causa de pedir, concedo, deferindo o pleito, tendo em conta a fiança. Na segunda parte, asseguro o exame das condições indispensáveis a que se chegue ao regime aberto, se for o caso,

*J. Néri*



HABEAS CORPUS

Nº 00727999/130

preservada a situação concreta dos Pacientes, ou seja, não assento como pressuposto desse exame o deslocamento deles da prisão especial para a colônia agrícola, como aventado por V.Exa..

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-  
Estou apenas explicando ao ilustre advogado, - que parece pretender, da tribuna, formular outro pedido, - o sentido da decisão, que é, em tudo, correspondente àquela que o Plenário adotou no caso do co-réu Paulo César Farias, na Ação Penal nº 307. Isto é, ele foi condenado em regime semi-aberto. Antes do trânsito em julgado da sentença, o Tribunal, deferindo pedido de 'habeas corpus', assegurou-lhe a possibilidade de progressão, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença, para o regime aberto, tendo em conta que já cumprira o tempo de prisão que, então, correspondia, à satisfação do requisito objetivo. No caso referido, como a progressão do semi-aberto para o aberto pressupõe a satisfação, também, de requisitos subjetivos, o Tribunal determinou que o paciente fosse submetido a exames psicológicos, mantida a prisão especial.

O DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (ADVOGADO): -  
O eminente Relator disse que, de pronto, assegurava o regime semi-aberto. Esse foi o sentido do voto na reformulação do eminente Ministro-Relator.

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-  
O que V.Exa. entende por asseguaração do regime semi-aberto?

O DR. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO (ADVOGADO): -  
Sr. Presidente, entendo que é um regime prisional, sem prejuízo, naturalmente, de um direito do outro, que decorre da condição de preso provisório. A prisão especial não colide, de modo algum, nem com o semi-aberto, nem com o aberto. Pareceu-me esse o sentido da decisão da Corte. E o resultado, tal como proclamado, não refletiu exatamente o pronunciamento do eminente Relator, depois de sua reformulação, nem dos eminentes Ministros Maurício Corrêa e Marco Aurélio.

*J. Néri*

HABEAS CORPUS

Nº 00727999/130

O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA (PRESIDENTE):-  
Não se está discutindo a situação de o paciente ser detentor do regime semi-aberto. Como ainda não há trânsito em julgado da decisão, o paciente vai ter possibilidade de progredir para o regime aberto, desde a prisão especial onde se encontra.

*J. Néri*

BOA/

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS N. 72.799-9

ORIGEM : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

PACTE. : LUIS FELIPE OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS, MARCUS VINICIUS  
OLLIVIER DE PONTES MEDEIROS, ANTONIO EDUARDO COTA HALLAK.

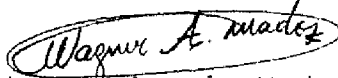
IMPES. : NELIO ROBERTO SEIDL MACHADO E OUTROS

COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Por maioria, a Turma deferiu em parte o *habeas corpus*, para, tendo em conta a situação do paciente, condenado no regime semi-aberto, assegurar-lhe, desde logo, poder progredir ao regime aberto, desde que verificados os requisitos subjetivos pelo Juízo competente, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio que deferia o *habeas corpus*, assegurando ao paciente a prestação de fiança. Falou pelo paciente o Dr. Nélio Machado, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles. 2a. Turma, 05.12.95.

Presidência do Senhor Ministro Néri da Silveira.  
Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio e Mauricio Corrêa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Francisco Rezek.

Subprocurador-Geral da República, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles.

  
Wagner Amorim Madoz  
Secretário