



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.024 - SP (2010/0221869-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO
ADVOGADO : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE ARAÚJO CICERONE (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, *IN CASU*. PACIENTE MANTIDO PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SITUAÇÃO QUE SE RESOLVE COM A TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR, APENAS PARA ESTABELECER O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).

2. O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

3. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explanações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, por isso que se diz de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ), sob o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

argumento de ser abstrata a gravidade.

4. Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante, assim respondendo a toda a Ação Penal. Precedentes do STJ.

5. A manutenção da prisão cautelar para apelar restou embasada na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, em razão da possibilidade concreta de fuga do paciente.

6. Ao meu sentir, não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a denegação do direito ao recurso em liberdade; isso porque, esse regime, embora diferenciado do rigor do fechado em termos de estabelecimento prisional, não pressupõe, de logo, a liberdade do sentenciado, possuindo restrições próprias, sendo certo que a possibilidade de realização de atividades externas, passa, antecipadamente, pelo crivo do Juízo. Essa aparente contradição resolve-se com a imediata transferência do condenado para estabelecimento penal adequado ao regime imposto.

7. É inconciliável com a realidade processual manter-se o acusado preso durante toda a instrução e, após a sua condenação, colocá-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra o réu.

8. Parecer do MPF pela concessão da ordem.

9. Ordem parcialmente concedida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 28 de junho de 2011 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.024 - SP (2010/0221869-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO
ADVOGADO : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE ARAÚJO CICERONE (PRESO)

RELATÓRIO

1. Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado em favor de RAFAEL DE ARAÚJO CICERONE, em adversidade ao acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou as ordens em *mandamus* ali manejados, nos termos das seguintes ementas:

Habeas Corpus. Roubo qualificado. Sentença condenatória que impôs o regime fechado. Pedido de imposição de regime mais brando nos termos dos arts. 33 e 59 do CP. Impossibilidade. Reforma da sentença não é objeto de concessão pela via estreita do Habeas Corpus.

Ordem denegada (fls. 84 - HC 0434862-83.2010.8.26.0000).

✧ ✧ ✧

Habeas Corpus. Roubo qualificado. Condenação. Pretensão de recorrer em liberdade. Constrangimento ilegal não configurado. Possibilidade do Magistrado de primeiro grau, avaliando o caso concreto, avaliar a conveniência de conceder, ou não, o direito do réu já condenado recorrer em liberdade. Súmula nº 9 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Ordem denegada (fls. 111 - HC 0490159-75.2010.8.26.0000).

2. Revelam os autos que o paciente, preso em flagrante delito, restou condenado, em primeiro grau, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2o., I e II do CPB (roubo circunstanciado), à pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, *em regime inicial fechado*, e pagamento de 13 dias-multa.

3. No presente *writ*, assevera o impetrante haver constrangimento ilegal consistente na manutenção do regime inicial fechado, mesmo diante das circunstâncias judiciais favoráveis ao paciente. Pretende, ainda, que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, argumentando, para tanto, ausência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fundamentação suficiente para negativa do apelo em liberdade.

4. Deferida a medida liminar, apenas para permitir ao paciente iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime semiaberto, até o julgamento de mérito do presente *mandamus* (fls. 56/58) e prestadas as informações de estilo (fls. 70/98), o MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República JUAREZ TAVARES, manifestou-se pela concessão da ordem, *para que ao paciente seja garantido o direito de aguardar o trânsito e julgado da condenação em liberdade, bem como pela fixação do regime inicial semiaberto* (fls. 102/116).

5. É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 192.024 - SP (2010/0221869-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO
ADVOGADO : VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL DE ARAÚJO CICERONE (PRESO)

VOTO

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL: 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA CONCRETIZADA: 5 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. REGIME INICIAL FECHADO FUNDAMENTADO APENAS NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULAS 718/STF E 440/STJ. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO, IN CASU. PACIENTE MANTIDO PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE ENTRE A FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. SITUAÇÃO QUE SE RESOLVE COM A TRANSFERÊNCIA DO SENTENCIADO PARA ESTABELECIMENTO PENAL ADEQUADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR, APENAS PARA ESTABELECER O REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

1. *A fixação do regime prisional não está atrelada de forma absoluta à quantidade da pena-base imposta, constituindo operação intelectual própria e autônoma (inteligência dos incisos I e III do art. 59 do CPB); o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, pois os propósitos da pena e do regime prisional são distintos e inconfundíveis (art. 59 e 33, § 3o. do CPB); ademais, o art. 59, III do CPB prevê expressamente que o regime prisional seja determinado pelo Juiz, após a fixação da pena (art. 59, I e II do CPB).*

2. *O regime prisional inicial aplicável ao apenado pode, por hipótese, ser dissociado da quantidade de pena imposta, mas sempre se exigirá, nesses casos, que a decisão esteja cumpridamente fundamentada, para se evitar a sua nulidade; o automatismo do regime inicial de cumprimento da pena, como decorrência necessária do quantum da sanção, ofenderia o preceito da sua individualização, porquanto, no Direito*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Penal, não se admitem, em regra, conclusões lineares ou deslastreadas de justa fundamentação jurídica.

3. *A gravidade in concreto do delito pode ser dimensionada pelo seu modus operandi, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo explicações extensas para se evidenciar o óbvio; in casu, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, por isso que se diz de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ), sob o argumento de ser abstrata a gravidade.*

4. *Não há constrangimento ilegal na negativa do direito de aguardar em liberdade o julgamento do recurso de Apelação, por ocasião da prolação da sentença condenatória, daquele que foi preso em flagrante, assim respondendo a toda a Ação Penal. Precedentes do STJ.*

5. *A manutenção da prisão cautelar para apelar restou embasada na necessidade de se assegurar a aplicação da lei penal, em razão da possibilidade concreta de fuga do paciente.*

6. *Ao meu sentir, não há qualquer incompatibilidade entre a fixação do regime semiaberto e a denegação do direito ao recurso em liberdade; isso porque, esse regime, embora diferenciado do rigor do fechado em termos de estabelecimento prisional, não pressupõe, de logo, a liberdade do sentenciado, possuindo restrições próprias, sendo certo que a possibilidade de realização de atividades externas, passa, antecipadamente, pelo crivo do Juízo. Essa aparente contradição resolve-se com a imediata transferência do condenado para estabelecimento penal adequado ao regime imposto.*

7. *É inconciliável com a realidade processual manter-se o acusado preso durante toda a instrução e, após a sua condenação, colocá-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra o réu.*

8. *Parecer do MPF pela concessão da ordem.*

9. *Ordem parcialmente concedida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. No que diz respeito ao regime prisional, ao meu sentir, data venia dos respeitáveis posicionamentos em contrário, o Magistrado não está vinculado, de forma linear, à pena-base aplicada ao crime, quando opera a fixação do regime de início de cumprimento da sanção penal, podendo impor regime que entende ser mais adequado, segundo a sua avaliação criteriosa e fundamentada. Para o estabelecimento da sanção penal (que compõe um conjunto composto pela quantidade, o tipo e a forma de cumprimento da pena) são realizadas operações intelectuais diversas, pois os propósitos de cada pedaço desse todo são distintos e inconfundíveis.

2. Da leitura dos arts. 59 e 33 do CPB ressaí que a fixação da pena envolve aspectos valorativos e quantitativos. O Juiz deve, atento às culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecer, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (i) as penas aplicáveis dentre as cominadas; (ii) a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos (segunda operação intelectual); (iii) o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (iv) a possibilidade de substituição da privativa de liberdade por outra espécie de pena, se cabível.

3. Assim, é possível ao Juiz, desde que de forma motivada, ao realizar todas essas operações intelectuais e em consonância com o disposto no art. 33, § 2o. e 3o. do CPB, concluir que o réu merece uma pena mais curta, mas em regime mais severo, pois que isso servirá melhor ao propósito de reprovação e prevenção do crime.

4. O que se requer é que a decisão que estabelece o regime prisional diverso daquele em tese cabível pela aplicação pura e simples da norma esteja adequadamente motivada.

5. A gravidade *in concreto* do delito pode ser dimensionada pelo seu *modus operandi*, tal se dá com o crime praticado por quadrilha armada, por exemplo, ou com emprego de arma de fogo, em que tal gravidade é manifesta, não se requerendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

explicações extensas para se evidenciar o óbvio; *in casu*, diz-se de rigor a imposição do regime semiaberto (Súmula 440/STJ), sob o argumento de ser abstrata a gravidade, porquanto, ao fixar o regime inicial de cumprimento da pena, o Magistrado não desceu ao detalhamento da dinâmica do fato, conforme se extrai do seguinte trecho:

No caso dos autos, merece destaque a prática de roubo com emprego de arma de fogo e em concurso de agentes, duas circunstâncias previstas como causas especiais de aumento de pena, a produzirem seus reflexos somente na terceira fase do processo de individualização. Todavia, já na presente etapa, elas devem ser consideradas como determinantes para a escolha do regime fechado para o início de cumprimento da privativa de liberdade, nos termos do artigo 59, III, do Código Penal. Com efeito, o roubador que se une a outrem com quem se identifica no propósito de subtrair mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo merece, inegavelmente, cumprir sua expiação em regime fechado, pois só assim se submeterá a um período mais justo de reeducação. Desse modo, fixo a pena-base em quatro anos de reclusão, regime inicial fechado, e dez dias-multa (fls. 50).

6. Portanto, configura constrangimento ilegal a manutenção do regime fechado, nos termos da Súmula 440 desta Corte, segundo a qual: *fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito*. No mesmo sentido as Súmulas 718 e 719 do colendo STF.

7. Noutro ponto, pretende-se conceder ao paciente a oportunidade de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação.

8. No caso dos autos, o paciente, preso em flagrante delito, foi condenado a cumprir a pena de 5 anos e 6 meses de reclusão pela prática de roubo, fixando-se o regime semiaberto nesta oportunidade.

9. No caso, a manutenção da prisão para apelar restou embasada na permanência em custódia durante toda a instrução criminal, e, principalmente, na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, em razão da possibilidade concreta de fuga do paciente.

10. De outro lado, ao meu sentir, não há qualquer incompatibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entre a fixação do regime semiaberto e a denegação do direito ao recurso em liberdade; isso porque, esse regime, embora diferenciado do rigor do fechado em termos de estabelecimento prisional, não pressupõe, de logo, a *liberdade* do sentenciado, possuindo restrições próprias, sendo certo que a possibilidade de realização de atividades externas, passa, antecipadamente, pelo crivo do Juízo. Essa aparente contradição resolve-se com a imediata transferência do condenado para estabelecimento penal adequado ao regime imposto. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO. NEGATIVA DO RECURSO EM LIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. RÉU FORAGIDO. REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. *Em que pese a imposição do regime inicial semiaberto, a sentença condenatória reconheceu a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que fixou a pena-base acima do mínimo legal, e negou ao condenado o direito de apelar em liberdade, entendendo que subsistem os motivos que ensejaram a custódia processual, no caso, a reiteração na prática criminosa e a fuga desde a fase inquisitorial, situação que ainda persiste.*

2. *Embora não tenha havido, ainda, o trânsito em julgado da condenação - em face da interposição de agravo de instrumento nesta Corte Superior -, a superveniência de prolação de sentença condenatória, seguida de julgamento do recurso de apelação, torna temerário desconstituir a custódia cautelar do Paciente, determinada desde o início da instrução, por decreto prisional devidamente fundamentado.*

3. *Não se reconhece a possibilidade de recorrer em liberdade ao réu que permaneceu, ou deveria ter permanecido, preso durante toda a instância ordinária, em razão do entendimento "de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar" (STF - HC 89.824/MS, 1.^a Turma, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ de 28/08/08).*

4. *Ordem denegada, ressaltando que o Paciente deverá iniciar a execução provisória de sua pena no regime semiaberto. (HC 175.695/GO,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 14.03.2011).

11. É inconciliável com a realidade processual manter-se o acusado preso durante toda a instrução e, após a sua condenação, colocá-lo em liberdade, porque depois de tal provimento judicial se tem como reforçado ou densificado o acervo incriminatório coletado contra o réu.

12. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem, com ressalva do entendimento pessoal do Relator, apenas para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0221869-3

HC 192.024 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 8482009 990104348625

EM MESA

JULGADO: 28/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO
ADVOGADO	: VICENTE DE PAULO MACIEL E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: RAFAEL DE ARAÚJO CICERONE (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.