



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.628 - SP (2014/0204802-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO FELIX FISCHER**  
**RECORRENTE** : **ANDRÉ LUIS DA CRUZ (PRESO)**  
**ADVOGADO** : **CALEBE VALENÇA FERREIRA DA SILVA**  
**RECORRIDO** : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. REGIME INICIAL FECHADO. INADEQUAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRISÃO CAUTELAR. INCOMPATIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - Se a pena-base foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final não ultrapassa dois anos de reclusão, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, revela-se adequada a fixação do regime inicial aberto.

II - É incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir a pena no regime inicial diverso do fechado, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

III - A tentativa de compatibilização da custódia cautelar com as regras do regime aberto ou semiaberto, neste caso, implica indevida execução provisória da pena (**Precedentes do STF**).

Recurso ordinário provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

(Desembargador Convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 18 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.628 - SP (2014/0204802-9)

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** O retrospecto foi devidamente delineado pela eminente representante do **Parquet, verbis:**

*"Trata-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por André Luis da Cruz, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem pleiteada.*

*No presente recurso ordinário constitucional, aduz o Recorrente que sofre constrangimento ilegal, pois a pena-base foi arbitrada no patamar mínimo legal e, mesmo assim, a autoridade coatora fixou o regime inicial fechado.*

*Afirma que a manutenção da prisão preventiva foi fundamentada de maneira inidônea.*

*Pugna pelo provimento do recurso para que se reconheça o constrangimento ilegal decorrente da denegação ao direito de recorrer solto, bem como para afastar a fixação do regime inicial fechado" (fl. 146).*

Ao final, manifestou-se pelo desprovimento do recurso em parecer assim ementado:

**"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA REALIZADA COM EMPREGO DE VIOLÊNCIA FÍSICA. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE REGIME MAIS SEVERO. EXISTÊNCIA DE MOTIVO IDÔNEO PARA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO."**

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.628 - SP (2014/0204802-9)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS**. REGIME INICIAL FECHADO. INADEQUAÇÃO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PRISÃO CAUTELAR. INCOMPATIBILIDADE. REGIME ABERTO.

I - Se a pena-base foi fixada no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final não ultrapassa dois anos de reclusão, a teor do disposto no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP, revela-se adequada a fixação do regime inicial aberto.

II - É incompatível a imposição/manutenção de prisão preventiva na sentença condenatória a réu condenado a cumprir a pena no regime inicial diverso do fechado, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

III - A tentativa de compatibilização da custódia cautelar com as regras do regime aberto ou semiaberto, neste caso, implica indevida execução provisória da pena (**Precedentes do STF**).

Recurso ordinário provido.

### VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER:** Depreende-se dos autos que o Recorrente foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, **caput**, c/c art. 14, inciso II, do CP, à pena de 2 (dois) anos de reclusão no regime inicial fechado. Foi-lhe negado o apelo em liberdade.

O Recorrente insurge-se, no presente recurso, contra o regime fixado e a manutenção da prisão cautelar.

A leitura da r. sentença condenatória evidencia que a **pena-base foi fixada no mínimo legal**. Com relação ao **regime prisional** ficou consignado que *"embora tecnicamente primário, o acusado registra uma condenação por sequestro pendente de recurso (fls.50/51), sendo agora preso em flagrante pela prática de delito cometido*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*mediante violência física, o que denota periculosidade e desdém para com a Justiça Criminal, sendo recomendável a adoção do regime fechado para o início de cumprimento da sanção corporal, uma vez que o mais brando não atenderia o caráter repressivo e preventivo da pena..." (fls. 8-9).*

Portanto, não obstante tenha a **pena-base** sido fixada no **mínimo legal**, o que indica a **inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis**, e o seu montante final **não tenha ultrapassado** quatro anos, fixou-se, **indevidamente**, o regime **fechado**.

Insta consignar que a condenação (ainda pendente de recurso) referida no édito condenatório para justificar a imposição do regime fechado não foi utilizada, seja como configuradora da reincidência, seja como maus antecedentes.

Dessarte, há, a meu ver, **flagrante violação** ao disposto no art. 33, § 3º, do Código Penal, cujo comando é expresso no sentido de que "*a determinação do regime inicial de cumprimento de pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*".

O regime adequado, portanto, é o **inicial aberto**, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, "c", e § 3º, c/c o art. 59 do CP. Isso porque o Recorrente não é reincidente, sua condenação se deu por um período inferior a 04 (quatro) anos e houve o reconhecimento de circunstâncias judiciais inteiramente favoráveis (**art. 59 do CP**).

Em suma, a motivação utilizada na sentença condenatória para justificar a imposição do regime fechado **não se revela idônea** e malfez a sistemática estabelecida pela legislação.

Insta sublinhar, ainda, que a circunstância negativamente considerada - condenação ainda pendente de recurso - não poderia sequer ter sido utilizada como **maus antecedentes**, sob pena de inobservância ao disposto na **Súmula 444 desta Corte**, evidenciando, de forma ainda mais categórica, a flagrante ilegalidade na fixação do regime fechado na espécie.

Por conseguinte, estabelecida a **adequação do regime aberto** como o inicial para o cumprimento de pena, tenho para mim ser **incompatível**, neste caso, a **negativa de recorrer em liberdade**.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Isso porque, uma vez estabelecido na condenação que o regime adequado para o início do cumprimento de pena é o aberto, não há como manter o Recorrente segregado cautelarmente até o trânsito em julgado, caso pretenda recorrer da sentença, ainda que sob o fundamento de estarem presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva insertos no art. 312 do CPP. Ao admitir essa possibilidade chegaria-se ao absurdo ser mais benéfico ao réu **renunciar ao direito de recorrer** e iniciar imediatamente o cumprimento da pena no regime estipulado do que exercer seu direito de impugnar a decisão perante o Segundo Grau.

Dessarte, a manutenção ou imposição da prisão cautelar consistira, a meu ver, flagrante **vulneração do princípio da proporcionalidade**.

Impende consignar que não se trata de prognose, ou seja, de se imaginar que a pena a ser imposta possa, hipoteticamente, ser substituída por restritivas de direitos ou que o regime fixado venha a ser diverso do fechado. Trata-se, na verdade, de uma certeza que, à vista da não interposição de recurso pela acusação, não será futuramente alterada.

Portanto, definido o regime inicial de cumprimento de pena, acaso seja diverso do fechado, não há como sustentar a necessidade de manutenção da prisão cautelar. Conforme leciona abalizada doutrina *"as exigências derivadas do princípio da proporcionalidade visam impedir ou restringir a prisão cautelar, com o escopo de evitar que o acusado sofra um mal maior do que a própria sanção penal"* (CRUZ, Rogério Schietti Machado. *Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011. pg. 99).

É que, por ocasião da prolação da sentença, houve a avaliação de todas as circunstâncias do crime praticado pelo réu e, no caso de condenação, da sanção que lhe deve ser imposta, bem como o regime em que deve ser inicialmente cumprida. Como a pena ainda não poderá ser aplicada, pois ainda não verificado o trânsito em julgado, a única forma de manter-se ou impor-se, nesta fase, a prisão cautelar, será no caso de condenação cuja reprimenda tenha de ser resgatada no regime inicial fechado, único compatível com a forma de efetivação da segregação cautelar, pois como sublinhado pelo eminente Ministro **Rogério Schietti Cruz** *"a idéia de prisão cautelar reclama o encarceramento **pleno** do agente"* (RHC n. 46.604/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. p/ acórdão Rogério Schietti Cruz).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entretanto, a prevalecer esse entendimento, dar-se-á maior efetividade e relevância à medida de natureza precária (manutenção da segregação cautelar) em detrimento da sentença condenatória (título judicial que, por sua natureza, realiza o exame exauriente da **quaestio**). Por conseguinte, a individualização da pena cederá espaço, indevidamente, à providência de cunho nitidamente provisório e instrumental, subvertendo a natureza e finalidade do processo e de suas medidas cautelares.

Ora, não vejo como possa permanecer preso um acusado, nos moldes do regime fechado, que tenha o direito, reconhecido na sentença, de iniciar imediatamente o cumprimento de sua pena no regime aberto ou semiaberto, notadamente quando não há recurso da acusação quanto a este ponto.

Aliás, necessário sublinhar que essa orientação já predominou no âmbito da **Quinta Turma** desta Corte:

*"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 1º E § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CRIME NÃO ELENADO COMO HEDIONDO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.*

*[...]*

**III - Ante a fixação do regime semiaberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes).**

*Ordem parcialmente concedida a fim de fixar o regime semiaberto como inicial para cumprimento da reprimenda penal, bem como para que o paciente aguarde o julgamento do recurso de apelação em liberdade, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura, salvo se por outro motivo estiver preso" (HC n. 153.728/SP, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 31/5/2010).*

Contudo, não desconheço a jurisprudência ora dominante, que tem se orientado pela compatibilidade entre o regime diverso do fechado imposto na sentença e a negativa do apelo em liberdade, desde que adequadas as condições da prisão provisória às regras do regime imposto. A título ilustrativo: *"Verificado que foi imposto ao recorrente o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena, faz-se necessário compatibilizar a*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*segregação processual com o modo de execução que lhe foi determinado na sentença condenatória, sob pena de estar-se impondo ao apenado regime mais gravoso de segregação tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso"* (RHC n. 48.138/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 4/11/2014).

Contudo, tal alternativa implica, na prática, o **restabelecimento da orientação jurisprudencial antes prevalente na jurisprudência do col. Supremo Tribunal Federal, que admitia a execução provisória da pena**, atualmente rechaçada, ao entendimento de que ela **vulnera o princípio da presunção de não-culpabilidade** inserto no art. 5º, inciso LVII da CF/88.

Isso porque, se a sentença condenatória ainda não transitou em julgado, só se permite a segregação em decorrência da imposição de prisão cautelar, cuja principal característica, como já ressaltado, significa segregação total do réu.

Em outras palavras, a prisão cautelar não admite temperamento para ajustar-se a regime imposto na sentença diverso do fechado. Tal solução, impende consignar, equivale a admitir a vedada execução provisória da pena.

Nessa linha, cito os seguintes precedentes do **Pretório Excelso**:

*"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 n. 118.257/PI, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 6/3/2014).

*"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma (art. 157, § 2º, I, do CP). Paciente condenada à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. 3. Manutenção da custódia*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*cautelar da paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. 4. Violação ao princípio da proporcionalidade. Constrangimento ilegal configurado. 5. Ordem concedida"* (HC n. 115.786/MG, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 20/8/2013).

*"Habeas corpus. Penal. Corrupção ativa (CP, art. 333). Paciente condenado à pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto. Manutenção da custódia cautelar do paciente, sendo-lhe vedado o recurso em liberdade. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Writ extinto. Ordem concedida de ofício.*

*[...]*

*2. Ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes.*

*3. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul determinou a expedição de mandado de prisão, sem, contudo, explicitar os motivos cautelares justificadores da medida extrema, doutrinariamente considerada a última ratio das medidas cautelares.*

*4. A pena imposta ao paciente foi de três (3) anos e três (3) meses de reclusão, a ser descontada inicialmente em regime aberto, o que não justificava a manutenção da prisão preventiva do paciente.*

*5. Habeas corpus extinto. Ordem concedida de ofício"* (HC n. 114.288/RS, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 7/6/2013).

Desse modo, caso haja condenação à pena que deva ser cumprida em regime inicial diverso do fechado, não será admissível a decretação ou manutenção de prisão preventiva, haja vista a flagrante incompatibilidade delineada neste caso.

A propósito do tema, confira-se lição da doutrina no mesmo sentido:

*“Se o magistrado fixar o regime semiaberto para início de 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”* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 804).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Imposto regime mais brando, significa que o Estado-Juiz, ao aplicar as normas ao caso concreto, concluiu pela possibilidade de o réu poder iniciar o desconto da reprimenda em circunstâncias que não se compatibilizam com a imposição/manutenção de prisão provisória. Caso seja necessário, poderá se valer, quando muito, de **medidas alternativas diversas à prisão**, previstas no art. 319 do CPP, inquestionavelmente mais adequadas à hipótese.

Com efeito, a reforma operada pela **Lei nº 12.403/2011**, ao prever novas medidas cautelares, constitui um novo marco no direito processual penal, historicamente marcado pela utilização demasiada das diversas modalidades de prisão cautelar.

Em suma, a hipótese em análise traduz situação em que a aplicação das medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal revelar-se-ia mais consentânea com o princípio da proporcionalidade ao se ajustar ao conteúdo da sentença condenatória (nesta via reformada, em parte, para estabelecer o regime inicial para o cumprimento da pena).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso ordinário para alterar o regime para o inicial aberto e garantir ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0204802-9

PROCESSO ELETRÔNICO

RHC 50.628 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20426738620148260000 3034156-58.2013.8.26.0114 30341565820138260114  
RI0026F8M0000

EM MESA

JULGADO: 18/11/2014

#### Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

#### AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ANDRÉ LUIS DA CRUZ (PRESO)

ADVOGADO : CALEBE VALENÇA FERREIRA DA SILVA

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

#### 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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.