



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.366 - SP (2013/0195628-0)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL HENRIQUE SILVINO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. ROUBO QUALIFICADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO EM FLAGRANTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO PRISIONAL NÃO JUNTADO. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE DENEGOU A ORDEM ORIGINÁRIA COM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. Não tem direito de apelar em liberdade o réu preso em flagrante e que assim permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea. No caso, a falta do auto de prisão e da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, impede o eventual reconhecimento de ilegalidade flagrante que autorize a concessão de ordem *ex officio* na hipótese.

4. E *"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. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

genérica do delito e considerações vagas. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, mantida a condenação, estabelecer o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

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, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.366 - SP (2013/0195628-0)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL HENRIQUE SILVINO (PRESO)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso ordinário, com pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL HENRIQUE SILVINO, em face de acórdão denegatório proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"Habeas Corpus Direito de recorrer em liberdade - Impossibilidade Paciente que permaneceu custodiado durante a instrução criminal Manutenção da custódia suficientemente fundamentada na sentença condenatória. Alteração de regime fixado em sentença condenatória Pretensão de reforma da sentença Impossibilidade Se não há qualquer ilegalidade na fixação do regime prisional, não cabe em "habeas corpus" discussão quanto a justiça ou injustiça do que foi decidido na sentença condenatória - Apreciação reservada ao recurso de apelação. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada." (fl. 44)

Narram os autos que o ora Paciente foi preso em flagrante e condenado como incurso nos crimes de roubo qualificado e receptação, à pena de 06 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, vedado o apelo em liberdade.

Alega o Impetrante, em suma, ausência de fundamentação na negativa do apelo em liberdade, sustentando, ainda, que o Paciente faz jus ao regime inicial semiaberto do cumprimento de pena. Pede, assim, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura ou a fixação do regime inicial intermediário.

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 53/54, para determinar a colocação do Paciente no regime inicial semiaberto, até o julgamento do *writ*.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 69/76, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal opinou pela parcial concessão da ordem de *habeas corpus* (fls. 80/87).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.366 - SP (2013/0195628-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. ROUBO QUALIFICADO. NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. RÉU PRESO EM FLAGRANTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETO PRISIONAL NÃO JUNTADO. ACÓRDÃO IMPUGNADO QUE DENEGOU A ORDEM ORIGINÁRIA COM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ART. 33, § 2.º, ALÍNEA B, E § 3.º DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, 1.ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 06/09/2012; HC 108.181/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, *"no tocante a habeas já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício."*

3. Não tem direito de apelar em liberdade o réu preso em flagrante e que assim permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea. No caso, a falta do auto de prisão e da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, impede o eventual reconhecimento de ilegalidade flagrante que autorize a concessão de ordem *ex officio* na hipótese.

4. E *"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. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).

5. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito e considerações vagas. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício para, mantida a condenação, estabelecer o regime inicial semiaberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

confirmando a liminar anteriormente deferida.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Inicialmente, conquanto se sobreleve a importância da ação constitucional do *habeas corpus* como instrumento de salvaguarda do direito ambulatorial do cidadão, tem-se verificado no direito processual penal brasileiro um excessivo alargamento de sua admissibilidade, em detrimento das vias recursais próprias. Essa notória vulgarização do *writ* tem abarrotado os tribunais pátrios, em especial os superiores.

Atento a esse desvirtuamento do remédio heróico, o Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Nesse sentido, a propósito, os seguintes precedentes: STF, HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe em 11/09/2012; STF, HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; STF HC 114.452-AgR/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16/10/2012, publicado no DJe de 08/11/2012.

Esse entendimento tem sido reiterado em decisões monocráticas, as quais, considerando a inadequação do *writ*, bem como não ser o caso de concessão da ordem de ofício, negaram seguimento às impetrações, v.g.: HC 114.550/AC, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 27/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 27/08/2012; HC 116.385/PR, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 01/03/2013; HC 116.379/MS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 26/02/2013.

Nesse cenário, reformulou-se a admissibilidade da impetração originária também neste Superior Tribunal de Justiça, adequando-se à nova orientação da Suprema Corte, em absoluta consonância com os princípios constitucionais, mormente o do devido processo legal, da celeridade e da economia processual e da razoável duração do processo, a fim de que não seja conhecido o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, nos feitos em andamento.

No caso dos autos, o Paciente condenado à pena de 06 anos e 04 meses de reclusão, em regime fechado, com incurso no art. 157, incisos I e II, e no art. 180, ambos do Código Penal porque preso em flagrante, no dia 28 de agosto 2012, após subtrair R\$ 600,00



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(seiscentos reais) de estabelecimento comercial.

O MM Juízo de Direito da 9.^a Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP vedou o apelo em liberdade ao condenado *"pois o acusado já se encontra custodiado em razão do flagrante e da conversão em prisão preventiva e um dos efeitos da sentença condenatória é justamente conservar preso aquele que já se encontra custodiado (redação do artigo 393, I, do CPP), não sendo recomendável que seja o réu agraciado com medida que até incentiva a prática delitiva"* (fl. 40).

A Corte de Justiça *a quo* manteve a custódia cautelar fazendo referência à Súmula n.º 09 do Superior Tribunal de Justiça e aduzindo o seguinte:

"Condenado por roubo circunstanciado e receptação, o paciente permaneceu preso durante toda a instrução e não há lógica, agora, condenado, receber o direito de aguardar em liberdade o recurso.

Se o paciente permaneceu recolhido durante a instrução criminal e com a sentença condenatória o d. Juízo "a quo" entendeu que subsistem os motivos para a custódia, não há qualquer violação à presunção de inocência." (fl. 46)

Com se vê, o Tribunal de Justiça *a quo* denegou a ordem originária em acórdão suficientemente fundamentado pois, de fato, não tem direito de apelar em liberdade o réu preso em flagrante e que assim permaneceu preso durante toda a instrução criminal, salvo quando o ato que originou a custódia cautelar é ilegal por não possuir fundamentação idônea.

E, mesmo após juntadas as informações da apontada autoridade coatora, impossível analisar os fundamentos justificadores do cárcere preventivo durante toda a instância ordinária, pois não foram colacionados documentos necessários à compreensão da controvérsia.

Com efeito, a falta do auto de prisão e da decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva impede o eventual reconhecimento de ilegalidade flagrante que autorize a concessão de ordem *ex officio* na hipótese.

Lembre-se que é ônus da Defesa a correta instrução dos autos do remédio constitucional do *habeas corpus*. Nesse sentido, reproduza-se, por pertinente, expressivo precedente do Supremo Tribunal Federal, que sufraga o entendimento de que a deficiência na instrução do *writ* impede a verificação de constrangimento ilegal, aplicável à espécie, *mutatis mutandis*:

"1. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINAR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (NÃO COMPETE AO SUPREMO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL FEDERAL CONHECER DE *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE, EM *HABEAS CORPUS*, REQUERIDO A TRIBUNAL SUPERIOR, INDEFERE A LIMINAR'). *EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA*. 2. *HABEAS CORPUS: INVIABILIDADE PELA MANIFESTA DEFICIÊNCIA DA INSTRUÇÃO DO PEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO*.

1. A decisão do Superior Tribunal de Justiça ora questionada, é monocrática e tem natureza precária, desprovida, portanto, de conteúdo definitivo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite o conhecimento de habeas corpus quando os fundamentos ainda não foram apreciados definitivamente pelo órgão judiciário apontado como coator. [...]. Precedentes.

2. Tanto na decisão do Superior Tribunal quanto na decisão ora agravada, há o reconhecimento da deficiência da instrução dos pedidos formulados pelos Impetrantes, o que impossibilitou, respectivamente, o deferimento de liminar no STJ e o seguimento da presente ação aqui no STF.

3. Não estando o pedido de habeas corpus instruído, esta deficiência compromete a sua viabilidade, impedindo que sequer se verifique a caracterização, ou não, do constrangimento ilegal.

4. Agravo regimental não provido." (HC 95.152-AgR/SP, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/11/2008.)

De todo modo, é de se vedar o apelo em liberdade ao réu permaneceu segregado processualmente enquanto tramitava o processo-crime, 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. AYRES BRITTO, DJ de 28/08/08).

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

"*HABEAS CORPUS*. 1. *PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS. LIBERDADE PROVISÓRIA: INADMISSIBILIDADE*. 2. *PEDIDO FORMULADO PARA QUE OS PACIENTES TENHAM O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE: IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE ASSENTOU ESTAREM PRESENTES, NO CASO, OS PRESSUPOSTOS PARA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR*.

1. A proibição de liberdade provisória, nos casos de crimes hediondos e equiparados, decorre da própria inafiançabilidade imposta pela Constituição da República à legislação ordinária (Constituição da República, art. 5º, inc. XLIII): Precedentes. O art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90 atendeu o comando constitucional, ao considerar inafiançáveis os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Inconstitucional seria a legislação ordinária que dispusesse diversamente, tendo como afiançáveis delitos que a Constituição da República determina sejam inafiançáveis. Desnecessidade de se reconhecer a inconstitucionalidade da Lei n. 11.464/07, que, ao retirar a expressão '*e liberdade provisória*' do art. 2º,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inc. II, da Lei n. 8.072/90, limitou-se a uma alteração textual: a proibição da liberdade provisória decorre da vedação da fiança, não da expressão suprimida, a qual, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal, constituía redundância. Mera alteração textual, sem modificação da norma proibitiva de concessão da liberdade provisória aos crimes hediondos e equiparados, que continua vedada aos presos em flagrante por quaisquer delitos.

2. [...] (HC 97.883/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/08/2009.)

E, desta Corte Superior de Justiça, os seguintes julgados:

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. [...]

1. [...].

3. *A despeito do princípio da presunção de inocência, não tem direito de recorrer em liberdade o acusado que permaneceu justificadamente preso durante toda a instrução criminal.*

4. *Recurso desprovido.*" (RHC 23319/MG, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 08/09/2008.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 12, CAPUT, E 14 DA LEI Nº 6.368/76 (ANTIGA LEI DE TÓXICOS). EXCESSO DE PRAZO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PREJUDICADO. APELAR EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU CUSTODIADO AO LONGO DO PROCESSO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO.

I - Uma vez prolatada a sentença penal condenatória, fica sem objeto o habeas corpus que objetivava ver reconhecido o excesso de prazo na formação da culpa. (Precedentes).

II - O direito de apelar em liberdade de sentença condenatória não se aplica ao réu já preso, desde o início da instrução criminal, em decorrência de flagrante ou de preventiva. (Precedentes do STJ e do STF).

III - [...].

IV - Dessa forma, se, na hipótese dos autos, sobreveio sentença penal condenatória, tendo os réus estado presos durante todo o processo, deve ser mantida a prisão durante a tramitação da apelação.

Writ denegado." (HC 87.663/BA, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 17/12/2007).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DIREITO AO APELO EM LIBERDADE. NÃO-OCORRÊNCIA. RÉU PRESO PREVENTIVAMENTE QUE PERMANECEU CUSTODIADO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. CONHECIMENTO PARCIAL. ORDEM DENEGADA.

1. *O benefício de apelar da sentença condenatória em liberdade não assiste ao réu que, preso em flagrante, custodiado permaneceu durante*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

toda a instrução criminal, por força da ocorrência de hipótese autorizadora da custódia preventiva. Precedentes.

2. *Não tendo sido examinada pelo Tribunal de origem questão relativa à dosimetria da pena, mostra-se impróprio tal debate nesta Corte, sob pena de violação do princípio da não-supressão de instâncias.*

3. *Habeas Corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado.*" (HC 58.373/SP, 5ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 12/3/2007.)

Afinal, a manutenção do cárcere do Paciente, **preso durante toda instrução por força de decisão judicial fundamentada**, pela sentença penal condenatória não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência, uma vez que a sua permanência na prisão nada mais é do que efeito da sentença penal que o condenou.

Com efeito, seria paradoxal possibilitar ao condenado o direito de apelar em liberdade, se antes do advento de sua condenação já se fazia necessária a sua segregação provisória, por expressa vedação legal. Agora - com o advento da sentença condenatória -, com muito mais razão se encontra justificada a manutenção do Paciente em cárcere.

Aplica-se, na hipótese, do comando da Súmula n.º 09, do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a *"exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência."*

Nesse diapasão:

"HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. PROCESSO PENAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA, FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO, ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PACIENTE CONDENADO A 14 ANOS, 5 MESES E 2 DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 157 DIAS-MULTA. MATÉRIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS. IMPROPRIEDADE DO MANDAMUS. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. RÉU PRESO DESDE 18.10.03. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PEDIDO PREJUDICADO NESSE PONTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE NEGADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.

1. *Avaliar a suposição apresentada pela impetrante de que o advogado anterior da causa provavelmente não tomou conhecimento integral do processo e, por isso, apresentou recurso genérico, é inviável, na via estreita do Habeas Corpus, por ensejar o vedado exame de matéria fático-probatória.*

2. *A superveniência de sentença condenatória torna sem objeto o pedido contido na proemial de reconhecimento de excesso de prazo para a formação da culpa.*

3. ***Sobrevindo sentença penal condenatória, a manutenção da custódia do réu para apelar, mormente porque esteve preso durante toda a***



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

instrução criminal por força de decisão judicial motivada, não ofende a garantia constitucional da presunção da inocência e nada mais é do que efeito de sua condenação. Aplicação, no caso, da Súmula 09, desta Corte Superior (HC 73.652/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJU 28.04.08).

4. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, em conformidade com o parecer ministerial.*" (HC 91.108/PR, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 20/10/2008.)

Assim, no ponto, não resta configurada ilegalidade manifesta que permita a concessão da ordem de ofício.

De outro lado, o regime prisional mais gravoso, no caso o fechado, foi estabelecido em face da gravidade abstrata do delito. E, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis (fl. 26), não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no artigo 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, que dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto*".

Conforme se depreende da mera leitura dos autos, o Juízo sentenciante fixou a pena-base para o crime de roubo no mínimo legal e elevou a sanção penal em 1/3 pelas qualificadoras do emprego de arma e do concurso de pessoas, fixando a reprimenda em 05 anos e 04 meses de reclusão. A reprimenda inicial para o crime de receptação também foi estabelecida no piso de 01 ano e assim permaneceu por falta de circunstâncias modificadoras. A sanção penal final, desse modo, soma 06 anos e 04 meses de reclusão.

Portanto, sendo o condenado primário e de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

A jurisprudência do Excelso Supremo Tribunal Federal tem ratificado esse entendimento, segundo o qual "*se o condenado é primário e os critérios do art. 59 CP impõem a aplicação da pena mínima, não cabe determinar regime inicial de execução mais rigoroso que o admissível em tese*" (HC 72.315/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/05/1995).

Confirmam-se, a propósito, os verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal:

"A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada." (Súmula n.º 718)

"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea." (Súmula n.º 719)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *in verbis*:

"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."

Conclui-se, afinal, que resta configurada ilegalidade flagrante que permite a concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do *habeas corpus*. CONCEDO, DE OFÍCIO, a ordem de *habeas corpus*, a fim de fixar o regime inicial semiaberto, confirmando a liminar anteriormente deferida.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0195628-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.366 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00602955220138260000 008257158 00825715820128260050 20130000304511
602955220138260000 8257158 825715820128260050

EM MESA

JULGADO: 19/09/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : RAFAEL HENRIQUE SILVINO (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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.