HABEAS CORPUS Nº 503.876 - SP (2019/0103292-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	LEONARDO ARANTES VICENTINI - SP194851 DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	MARCOS ALVES (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCOS ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000366-11.2017.8.26.0530).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, e multa, pela prática do crime previsto no art. 155, § 1º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal (e-STJ fls. 13/17).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo e reduzir a pena-base para o patamar mínimo legal, razão pela qual a pena definitiva do paciente foi redimensionada para 1 ano e 4 meses de reclusão e multa, mantidos os demais termos da condenação (e-STJ fls. 19/23). Segue a ementa do acórdão:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO TENTADO - Crime praticado com rompimento de obstáculo e mediante escalada - Autoria e materialidade do delito bem demonstradas - Condenação devida - Qualificadora do rompimento de obstáculo, no entanto, afastada - Ausência de exame pericial - Pena mitigada - Necessidade - Regime prisional inicial fechado mantido - Recurso parcialmente provido.*

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/10), a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois manteve o regime inicial fechado, excessivamente mais gravoso que a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão comporta, apenas com base na sua reincidência,

sendo hipótese de aplicação do enunciado da Súmula n. 269/STJ.

Ao final, liminarmente e no mérito, pede a concessão da ordem para que o regime prisional seja alterado para inicial semiaberto.

É o relatório. **Decido**.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Na espécie, verifico presente constrangimento ilegal apto a justificar o deferimento da medida de urgência.

Afinal, embora o Tribunal *a quo* tenha reduzido a pena-base para o patamar mínimo legal, manteve o regime inicial fechado com fulcro na seguinte fundamentação (e-STJ fl. 23):

> *O regime inicial fechado, estabelecido na origem, porém, merece ser preservado, porquanto o réu é comprovadamente reincidente (foi condenado anteriormente por roubo majorado tentado), a indicar maior periculosidade, visto que a condenação anterior e definitiva não foi suficiente para frear seus impulsos antissociais, de modo a não autorizar a imposição de regime prisional mais brando (cf. artigo 33, § 3º, do Código Penal).*

Dessa forma, extrai-se que o regime inicial fechado, excessivamente mais gravoso que a pena de 1 ano e 4 meses de reclusão comporta, baseou-se apenas na reincidência do paciente.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de ser *admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais* (Súmula n. 269/STJ).

Em consequência, tratando-se de condenação que não excede 4 anos de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, a reincidência do paciente somente justifica o regime semiaberto, ao menos em juízo

perfunctório.

Ante o exposto, **defiro a liminar** para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*, salvo se por outro motivo estiver preso ou cumprindo pena em regime mais gravoso.

Comunique-se, com urgência, o Tribunal impetrado e o Juízo de primeiro grau, solicitando-lhes informações, inclusive o envio da senha para acesso aos dados processuais constantes do respectivo portal eletrônico, tendo em vista a restrição determinada pela Resolução n. 121 do CNJ.

Oportunamente, dê-se vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator