

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 505.330 - SP (2019/0111840-6)**

**RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI**  
**IMPETRANTE : ROGERIO DO AMARAL VERGUEIRO**  
**ADVOGADO : ROGERIO DO AMARAL VERGUEIRO - SP331961**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : ALISSON DA SILVA (PRESO)**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de ALISSON DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0078050-65.2015.8.26.0050.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, incisos II, do Código Penal.

Irresignado, o Ministério Público Estadual interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar o réu à pena de 2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias, em regime inicial fechado, como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, c.c. o artigo 244-B, *caput*, da Lei nº 8.069/90, na forma do art. 70, do CP, mantida, no mais, a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta o impetrante a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que não houve fundamentação suficiente para justificar a fixação do regime prisional fechado, em descompasso com o entendimento preconizado nos Enunciados Sumulares 718 da Suprema Corte, e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Defende o abrandamento do regime inicial, nos termos do art. 33 do CP, levando em consideração as circunstâncias judiciais favoráveis, a primariedade do paciente e a quantidade da pena aplicada.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja mitigado o modo prisional.

A liminar foi indeferida às fls. 64-65.

Informações prestadas às fls. 69-84.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 91-94, pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

Com efeito, verifica-se que o Colegiado fixou o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação (e-STJ fl. 20):

*"Quanto ao regime prisional, pois, embora o apelado tenha sido condenado à pena mínima, o regime mais*

# Superior Tribunal de Justiça

*brando foi excessivamente benéfico, já que, na garupa de motocicleta, roubada, em movimento, abordou a vítima, que também estava conduzindo sua moto, utilizou simulacro de arma de fogo, aparentando uma pistola, podendo causar grave acidente envolvendo outras pessoas, além do fato de terem fugido da abordagem policial, vindo a efetivamente se acidentarem.*

*Com isso, suficientemente demonstrado o grau de reprovabilidade da conduta do apelado, o qual amedrontou a vítima, elevando o nível de desassossego da sociedade, impõe-se a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena."*

Do trecho acima transcrito, observa-se que a fixação do regime inicial fechado considerou a gravidade concreta do delito, fundamento que, nos termos do reiterado entendimento adotado por este Sodalício, é suficiente à determinação de sistema prisional mais gravoso.

No entanto, considerando as circunstâncias judiciais favoráveis e o *quantum* final da pena aplicada, forçoso reconhecer que, na hipótese, o regime prisional adequado para o resgate inicial da reprimenda é o semiaberto, haja vista que a manutenção do modo fechado implicaria duplo agravamento na situação prisional do apenado, conforme disposto no art. 33 do Código Penal.

Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO (ART. 157, CAPUT, C.C. COM O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL. AÇÕES PENAIIS DEFINITIVAS. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. SOPESAMENTO PARA A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA BÁSICA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS GENÉRICOS E INERENTES AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. RECURSO IMPROVIDO.*

[...]

*6. Dessa forma, justamente porque verificada a inadequação da análise das circunstâncias judiciais referentes à personalidade, conduta social do agente e motivos do crime, merece o acórdão impugnado ser reformado nesse ponto, para reduzir a pena-base. REGIME INICIAL. EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.*

*1. Estabelecida a pena do agravado em patamar inferior a 4 anos de reclusão e diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, proporcional o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda, a fim de evitar o duplo agravamento da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, letra b e § 3º, do Código Penal.*

*2. Agravo regimental a que se nega provimento, concedendo-se,*

# Superior Tribunal de Justiça

*contudo, habeas corpus de ofício, a fim de estabelecer o regime inicial semiaberto.*

*(AgRg no AgRg no AREsp 719.844/PA, de minha relatoria, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 23/03/2018)*

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. REGIME PRISIONAL DUPLAMENTE MAIS GRAVOSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA TOTAL INFERIOR A QUATRO ANOS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DIREITO AO SEMIABERTO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.**

**1. Consoante determinam os arts. 33, §§ 2º e 3º, e 59 do Código Penal, o regime prisional será estabelecido com observância do quantum de pena aplicada, da primariedade e da análise das circunstâncias judiciais, em respeito ao princípio da individualização da pena, considerando, ainda, que tal regime "seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".**

**2. No caso, o regime fechado foi fixado com base em fundamento concreto, suficiente, contudo, na esteira da jurisprudência desta Corte, apenas para justificar o regime intermediário, sob pena de malferimento do princípio da proporcionalidade, principalmente se consideradas a primariedade do réu, a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da pena total em patamar inferior a 4 (quatro) anos. Precedentes.**

**3. Agravo regimental desprovido.**

*(AgRg no HC 205.907/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017)*

Noutro giro, considerando o tempo em que o réu permaneceu preso provisoriamente, 1 (um) ano (e-STJ 20), o qual deve incidir sobre a pena final de 2 (dois) anos e 26 (vinte e seis) dias de reclusão, tem-se que o paciente faz jus a alteração do regime prisional para a modalidade aberta, em razão da aplicação do instituto da detração, nos termos do art. 387, § 2º do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece do writ, concedendo-se**, contudo, **habeas corpus de ofício**, de conformidade com o art. 654, § 2º, do CPP, a fim de fixar o **regime prisional aberto** para o cumprimento da pena, mantidos os demais termos do acórdão impugnado.

Publique-se.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator