

**HABEAS CORPUS Nº 536.584 - SP (2019/0294090-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : BRUNO BRAVO ESTACIO E OUTROS  
**ADVOGADOS** : BRUNO BRAVO ESTACIO - SP292701  
MARIANGELA SILVEIRA - SP278112  
MICHELLE BISPA PIRES DA CUNHA - SP388710  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : E DE S DOS S (PRESO)  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de E. DE S. DOS S. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0021003-98.2015.8.26.0482).

Consta dos autos que o paciente, denunciado pela prática do crime previsto no art. 213, *caput*, c/c o art. 29 do Código Penal, foi absolvido em primeiro grau de jurisdição (e-STJ fls. 15/19).

Irresignado, o representante ministerial interpôs recurso de apelação, o qual foi provido para condenar o paciente pela prática do crime pelo qual fora denunciado - art. 213, *caput*, c/c o art. 29 do Código Penal - à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado (e-STJ fls. 20/42). Confira-se a ementa do julgado:

*Estupro, mediante concurso de agentes (art. 213, “caput”, cc. art. 29, ambos do Cód. Penal). Absolvição dos acusado na origem. Apelo ministerial acolhido. Prova de materialidade e de autoria constatadas. Palavras da vítima fortes, merecedoras de crédito. Declarações testemunhais que as corroboram, ademais. Versões exculpatórias dos réus inverossímeis. Condenação imperiosa. Sentença de origem reformada, nos termos do apelo ministerial. Apelo provido, com expedição de mandados de prisão.*

Foram, ainda, opostos embargos de declaração, que acabaram rejeitados (e-STJ fls. 44/50).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/14), o impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois, ao reformar a sentença absolutória, fixou o regime inicial fechado apenas com base na gravidade abstrata e na hediondez do delito. Argumenta que o paciente é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação não supera 8 anos de reclusão, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto. Ademais, afirma que o corréu foi beneficiado no HC n. 529.998/SP com o regime semiaberto.

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

O pedido liminar foi deferido (e-STJ fls. 160/163) para assegurar ao paciente o direito de aguardar, no regime semiaberto, o julgamento do presente *habeas corpus*.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 227/230, opinou pelo não conhecimento ou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

*HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DO WRIT. NÃO CONHECIMENTO. ESTUPRO EM CONCURSO DE AGENTES. PRETENSÃO DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS OU, SE CONHECIDO, PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

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 a concessão da ordem de ofício.

Sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, porquanto é contraditório o estabelecimento de pena-base no mínimo e de regime mais severo, com base em circunstâncias não consideradas inicialmente. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

*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.*

Na mesma esteira, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, os quais indicam:

*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.*

*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.*

No caso, constata-se que o regime inicial fechado, mais gravoso que a pena de 6 anos de reclusão comporta, foi estabelecido apenas com base na hediondez do delito, conforme se observa no acórdão recorrido (e-STJ fls. 40/41-destaquei):

[...]

*Apenamento.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Para ambos, **pena-base fixada e mantida no mínimo legal, dès que ausentes circunstâncias que autorizem majoração.***

*Assim, **finalizam as penas em 6 anos de reclusão.***

***Quanto ao regime, necessária a imposição do inicial fechado exatamente como pretende o inconformismo ministerial, assim como o Parecer ministerial nesta instância.***

***Afinal, o regime fechado é o único compatível com a hediondez do delito, consoante à legislação em vigor (Lei nº 8.072/90) e suas recentes alterações (Lei nº 11.464/07 e 12.015/09).***

Entretanto, entendo que o paciente faz jus ao regime intermediário, na medida em que é primário, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e a condenação é superior a 4, mas não excede 8 anos de reclusão, na esteira do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Ademais, verifica-se que o corréu, nas mesmas condições, teve seu regime inicial fixado no semiaberto.

Ante o exposto, com fulcro no art. 34, XX, do RISTJ, **não conheço do habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem ex officio** para confirmar a liminar anteriormente deferida e fixar o regime inicial semiaberto ao paciente, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator