

HABEAS CORPUS Nº 544.193 - SP (2019/0333515-6)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI  
IMPETRANTE : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS E OUTRO  
ADVOGADO : MARIA CLAUDIA DE SEIXAS - SP088552  
ADVOGADOS : SHYRLEI MARIA DE LIMA - DF028177  
NAIARA DE SEIXAS CARNEIRO - SP267339  
ALINE CRISTINA DE LIMA HIGINO - DF048543  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : J M Q (PRESO)  
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial impetrado em favor de J M Q contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação n. 0000569-86.2017.8.26.0557.

Dos elementos que instruem os autos, verifica-se que o Juiz de primeiro grau condenou o paciente à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no art. 217-A do Código Penal, por ter praticado ato libidinoso não consentido com vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade – e-STJ fls. 26-46.

O Ministério Público e a defesa interpuseram apelações perante o Tribunal de origem. O recurso ministerial foi desprovido e o apelo defensivo foi parcialmente provido apenas para afastar a indenização à vítima por danos morais, mantidos os demais termos da sentença condenatória (e-STJ fls. 48-63).

Segundo a impetração, o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, em resumo, porque foi estabelecido o regime fechado sem amparo em fundamentação idônea.

Alega que, como o regime mais gravoso foi fixado unicamente com base na hediondez do delito e na gravidade abstrata do crime, seria devida a alteração para o modo prisional semiaberto.

Evoca os enunciados sumulares 718 e 719 do Supremo Tribunal de Federal e 440 do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão do *writ* para que o paciente possa cumprir a pena em regime mais brando.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 69-70).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 82-102 e 103-208).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem de *habeas corpus* (e-STJ fls. 210-212).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105 da Constituição da República, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, §

A33  
HC 544193



2019/0333515-6



Documento

Página 1 de 4

2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à pretensão de abrandamento do regime prisional, o Juiz sentenciante estabeleceu o regime inicialmente fechado "em razão da quantidade da pena e pela natureza do crime (hediondo)" (e-STJ fl. 45).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve o modo inicial fechado, limitando-se a afirmar que "o regime inicial fechado, da mesma forma, desmerece reparos" (e-STJ fl. 62).

Como se vê, as instâncias ordinárias fundamentaram o estabelecimento modo prisional fechado apenas com base no caráter hediondo do delito, o que não é permitido.

Importante salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em uníssono, considera ilegal a fixação do regime prisional fechado apenas em razão da natureza hedionda do delito praticado pelo réu, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 pelo Supremo Tribunal Federal, norma que ofende o princípio da individualização da pena.

Portanto, mesmo nas condenações pela prática de delitos hediondos ou a esses equiparados, o magistrado deverá se pautar pelos parâmetros estabelecidos no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e nas Súmulas n. 440/STJ e 718 e 719/STF para a definição do regime prisional no qual o réu irá iniciar o cumprimento da reprimenda que lhe foi imposta.

Nesse sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO BASEADO NA HEDIONDEZ DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

1. O estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que aquele que corresponderia, como regra geral, à pena aplicada, deve ser baseado em motivação concreta, a teor das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal.

2. No presente caso, o regime fechado foi estabelecido com base na hediondez do delito, de modo a ensejar a sua modificação para o regime correspondente à pena, por esta Corte, ante a ausência de fundamentação idônea.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 488.612/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe de 30/04/2019.)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA APLICADA SUPERIOR À 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE À 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada

A33  
HC 544193



2019/0333515-6



Documento

Página 2 de 4

*Superior Tribunal de Justiça*

flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos.

III - Na hipótese, constata-se que o regime fechado foi mantido somente com base na hediondez do crime, não sendo apresentado qualquer fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso, em afronta às Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior.

IV - Sendo o paciente primário e fixada a pena-base em seu mínimo legal, uma vez que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra o mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime intermediário (semiaberto), para o início do desconto da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 482.792/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe de 19/02/2019.)

Confirmam-se, a propósito, os mencionados verbetes sumulares:

"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". (Súmula 440 do STJ.)

"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 718 do STF.)

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

No caso, observada a primariedade do paciente, a pena-base fixada no mínimo legal, o *quantum* da reprimenda definitiva – 8 (oito) anos de reclusão – e em atenção ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, mostra-se cabível o estabelecimento do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

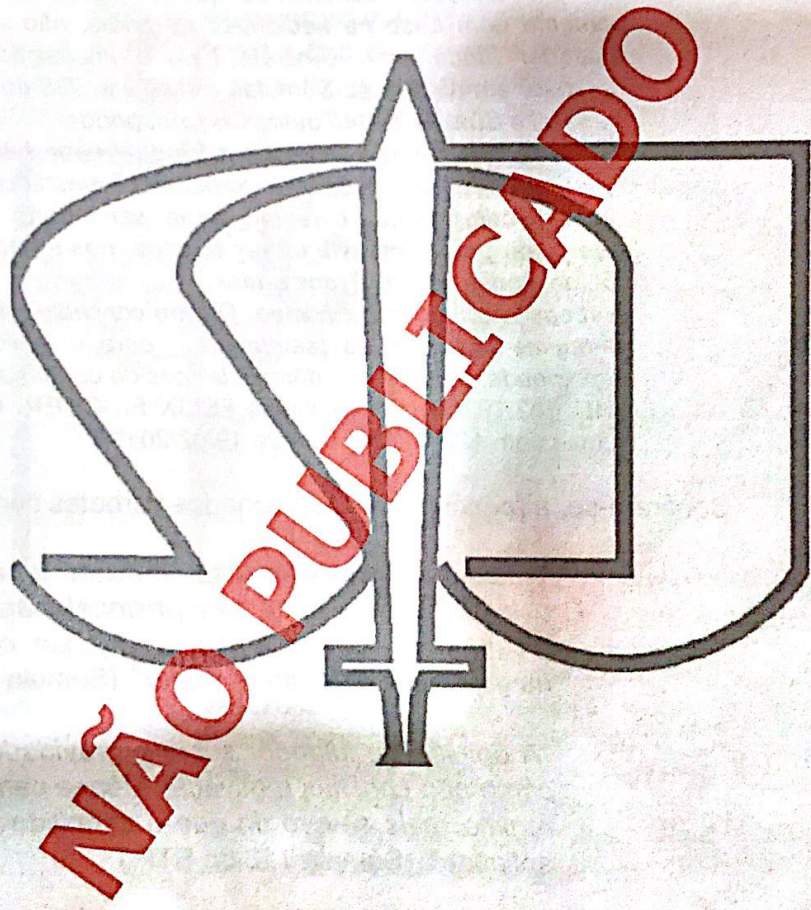
Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, não conheço do writ, concedendo, contudo, habeas corpus de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para estabelecer o regime inicial



*Superior Tribunal de Justiça*

**semiaberto** para o cumprimento da sanção imposta ao paciente.  
Publique-se. Intimem-se.  
Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

**MINISTRO JORGE MUSSI**  
Relator



A33  
HC 544193



2019 0333515-6



Documento

Página 4 de 4