

**AG.REG. NO HABEAS CORPUS 277.628 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CRISTIANO ZANIN**  
**AGTE.(S)** : **P.H.A.S.**  
**ADV.(A/S)** : **RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA E**  
 **OUTRO(A/S)**  
**AGDO.(A/S)** : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA**

**VOTO**

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Relator): Reexaminados estes autos, entendo que a decisão agravada não merece reparos ou qualquer correção.

Colaciono, por oportuno, a ementa do acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao AgRg nos EDcl no REsp 2.226.666/SP:

Ementa DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Caso em exame 1. Agravo regimental interposto contra decisão monocrática que conheceu em parte do recurso especial e, nesta extensão, negou-lhe provimento. 2. A parte recorrente alegou violação ao art. 59 do Código Penal e ao art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, sustentando que a exasperação da pena-base careceu de fundamentação idônea, utilizando argumentos genéricos e elementos inerentes ao tipo penal, em descompasso com o princípio da individualização da pena. Também apontou afronta ao art. 33, § 2º, “c”, ao impor regime semiaberto para reprimenda de 1 ano e 6 meses, apesar do reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis, o que considerou desproporcional e contrário à Súmula 719 do STF. 3. A defesa argumentou que a manutenção do regime semiaberto, fundada em desvalorização ilegítima de circunstâncias judiciais, foi objeto de impugnação tanto por seus advogados quanto pela

PGR, que manifestou-se pelo provimento parcial do recurso especial. 4. O recorrente requereu o provimento do agravo regimental, com o reconhecimento da negativa de vigência dos dispositivos legais invocados e a fixação de regime mais brando para o início do cumprimento da pena. II. Questão em discussão 5. A questão em discussão consiste em saber se a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento de pena de 1 ano e 6 meses, em razão de circunstâncias judiciais desfavoráveis, é compatível com o disposto no art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do CP, e com a Súmula 719 do STF. III. Razões de decidir 6. O art. 33, § 3º, do CP determina que a definição do regime inicial de cumprimento de pena deve considerar não apenas o quantum da pena aplicada, mas também as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP. 7. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como culpabilidade e consequências do crime, justifica a fixação de regime inicial mais gravoso, mesmo quando a pena privativa de liberdade é inferior a 4 anos. 8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece que a valoração negativa das circunstâncias judiciais permite a fixação de regime inicial mais severo, nos termos do art. 33, § 3º, do CP. IV. Dispositivo e tese 9. Resultado do Julgamento: Agravo regimental improvido (doc. 10, pp. 2-3 – grifei).

O acórdão impugnado não merece reparos.

O art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal, é claro ao dispor que **constitui faculdade, e não obrigação** (*e.g.* o réu não reincidente “poderá”), sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, consideradas as peculiaridades de cada caso. Além disso, o art. 33, § 3º, do mesmo Código Penal, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59, do

Código Penal, no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Ressalte-se, ainda, o teor da Súmula 719, do Supremo Tribunal Federal: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea”.

No caso, estabeleceu-se o regime prisional semiaberto em razão dos elementos concretos e individualizados que o Juízo sentenciante entendeu aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do art. 33, § 3º, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal.

Nessa mesma direção:

Ementa AGRADO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO DO QUE A PENA APLICADA: MOTIVAÇÃO IDÔNEA. POSSIBILIDADE. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO: NECESSÁRIO REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO: ATO INERENTE, EXCLUSIVAMENTE, À ATIVIDADE JUDICANTE DO MAGISTRADO QUE NÃO SE VINCULA A REQUERIMENTO CONSTANTE DA IMPETRAÇÃO. AGRADO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – O art. 33, § 2º, do Código Penal, é claro ao dispor que constitui faculdade, e não obrigação, sujeita ao prudente arbítrio do magistrado, fixar um regime mais brando para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, sopesadas as peculiaridades de cada caso. Além disso, o art. 33, § 3º, do mesmo Código Penal, determina ao juiz sentenciante que, assim como no procedimento de fixação da pena, observe os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, no momento da definição do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Ressalte-se, ainda, o teor da Súmula 719, desta Suprema Corte: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação

idônea”. II – No caso, ao apreciar as condições subjetivas desfavoráveis do paciente, nas quais se incluem a reincidência, estabeleceu-se o regime prisional mais severo (fechado), em razão dos elementos concretos e individualizados que o juiz de primeiro grau entendeu aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do art. 33, § 3º, combinado com o art. 59, ambos do Código Penal. III – O “[...] habeas corpus é ação inadequada para a valoração e exame minucioso do acervo fático-probatório engendrado nos autos para o fim de verificar a atipicidade da conduta ou qualquer fato capaz de gerar a absolvição do paciente” (HC 134.985 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 29/06/2017). IV – A concessão da ordem de habeas corpus, de ofício, constitui-se em poder/dever inerente, exclusivamente, à atividade judicante do magistrado, nos termos do que estabelecem o art. 647-A, e seu parágrafo único, e o art. 654, § 2º, ambos do Código de Processo Penal, não se vinculando, portanto, a requerimentos da defesa. V – Agravo ao qual se nega provimento (HC 245.465 AgR/SP, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 9/10/2024 – grifei).

Ementa AGRADO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. PENAL REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – A decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ alinha-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de, embora a reprimenda ao final estabelecida seja inferior a 4 anos de reclusão, o que, em tese, autorizaria a fixação de regime aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), as circunstâncias judiciais negativas e a reincidência do paciente permitem a imposição de regime inicial semiaberto. Nos termos do § 3º do art. 33 do

Código Penal – CP, esse aspecto justifica a aplicação de regime prisional mais gravoso do que permitiria a sanção aplicada. II – O art. 44 do Código Penal dispõe que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (i) aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (ii) o réu não for reincidente em crime doloso; (iii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. III – **Nas hipóteses de aplicação de pena privativa de liberdade não superior a 4 anos para crimes que não foram cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, deverá o juízo processante manifestar-se, de modo fundamentado, se será ou não o caso de substituição da sanção corporal pela pena restritiva de direitos** (*vide* HC 94.874/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 12/12/2008). IV – No caso, é possível notar que o § 3º do art. 44 do Código Penal foi devidamente apreciado pelo acórdão impugnado, indicando que “o regime semiaberto foi fixado em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes) e da reincidência do réu, o que, igualmente, impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos”. V – Agravo regimental improvido (HC 233.598 AgR/SP, da minha relatoria, Primeira Turma, DJe 16/11/2023 – grifei).

Registro, por fim, que as demais questões suscitadas nesta impetração não foram julgadas pela referida Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Nesse contexto, ressalto que, “[inexistindo] **prévia manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria de fundo da impetração, a apreciação dos pedidos da defesa implica supressão de**

**HC 277628 AgR / SP**

**instância”** (HC 119.600 AgR/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4/11/2013 – grifei).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.