



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.675 - SP (2015/0155712-9)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M A T (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 111.840/ES**, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea **b**, e §3º, do CP (**precedentes**).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - Na hipótese, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, **7 (sete) anos de reclusão**, é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial **semiaberto**.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.675 - SP (2015/0155712-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em benefício de M. A. T., contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigos 214 e 224, alínea "a", na forma do art. 71, todos do Código Penal, à pena de 10 (dez) anos, 11 (onze) meses e 7(sete) dias de reclusão, **em regime inicial fechado**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, em que o eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento ao apelo para redimensionar a pena aplicada ao paciente, fixando-a em **7 anos de reclusão em regime fechado**.

Eis a ementa do v. acórdão reprochado, **verbis**

"Apelação. Artigo 214, c.c. artigo 224, "a" e artigo 71, todos do CP. Preliminares rejeitadas. Autoria e materialidade bem demonstradas. Depoimentos seguros e coerentes da vítima e da testemunha. Consequências do crime. Aumento não justificado. Circunstâncias que são elementares do tipo penal. Aplicação da agravante genérica. 'Bis in idem'. Reconhecimento do crime continuado, porém em patamar mínimo. Inexistência de provas relativas à quantidade de crimes. Dúvida que beneficia o réu. Regime fechado justificado. Recurso provido em parte" (fl. 42).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que, apesar de favoráveis as circunstâncias judiciais e reduzida a pena-base ao mínimo legal pelo eg. Tribunal de origem, o regime inicial mais gravoso foi mantido, com base no disposto no **art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90**, o qual determina que a pena por crime hediondo e equiparados será cumprida inicialmente em regime fechado.

Busca, assim, o direito de iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto.

Liminar indeferida às fls. 61-62.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Informações prestadas às fls. 70-95.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 101-105, manifestou-se pela **concessão da ordem de ofício**, para que se determine o regime semiaberto para o início da execução penal, em parecer cuja ementa colaciono a seguir:

" HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INVIABILIDADE DE MANEJO DO WRIT COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ENTENDIMENTO DESSA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, §1º, DA LEI 8.072/90, COM A REDAÇÃO DA LEI 11.464/07. NA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PELOS CONDENADOS PELA PRÁTICA DE CRIMES HEDIONDOS OU A ELES EQUIPARADOS, DEVEM SER OBSERVADOS OS ARTIGOS 33 E 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO, PRIMARIEDADE E QUANTIDADE DE PENA (SETE ANOS). IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. SÚMULA 440/STJ.

PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS E PELA CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO, PARA QUE SEJA ESTABELECIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO, NOS TERMOS DO ARTIGO 33, §2º, B, DO CÓDIGO PENAL" (fl. 101).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 328.675 - SP (2015/0155712-9)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - O **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 111.840/ES**, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea **b**, e §3º, do CP (**precedentes**).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "*A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea*".

VI - **Na hipótese**, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, **7 (sete) anos de reclusão**, é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial **semiaberto**.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento da pena.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (**v.g.:** HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a col. Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (**v.g.:** HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

No presente **writ**, aduz o impetrante que o paciente estaria sofrendo constrangimento ilegal, haja vista que o regime prisional deve ser determinado de acordo com os parâmetros legais, sendo insuficiente a fundamentação baseada apenas na gravidade do crime para estabelecimento de regime mais gravoso. **Pretende, em suma, a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda.**

A ordem merece ser concedida de ofício.

Primeiramente, ressalta-se que o **Pretório Excelso**, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do **HC n. 111.840/ES**, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88), concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Eis a ementa do referido v. acórdão:

"Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.

1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que '(a) pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado'.

Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 17/12/2013).

Esse **entendimento**, inclusive, já foi perfilhado por esta **eg. Corte**: HC n. 301.194/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Newton Trisotto**, DJe de 10/10/2014; HC n. 167.376/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 1º/10/2014 e HC n. 299.327/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 9/10/2014.

Seguindo tal orientação, a jurisprudência desta **eg. Corte** se firmou no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

Neste sentido, o seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. 1. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. 2. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO QUE EXIGE REEXAME



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. 3. REGIME INICIAL PARA OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2012, ao julgar o Habeas Corpus n. 111.840/ES, por maioria de votos, 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. Dessa forma, a identificação do regime inicial mais adequado à repressão e prevenção de delitos deve ser pautada pelas circunstâncias do caso concreto, tomando-se por base os critérios legais dispostos nos §§ 2º e 3º do art. 33 do Diploma Repressivo, independentemente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 513.154/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 18/8/2014, grifei).

No caso em tela, a **r. sentença e o v. acórdão** proferido em sede apelação se limitaram a determinar o regime inicial de cumprimento de pena com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, sem examinar, portanto, os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. **In verbis**, respectivamente:

"Posto isso, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu MARCO ANTÔNIO TIZZIOTO, filho de Santo Tizzio e de Ivone Uliana Tizzio, nascido em 14.02.1972, portador do RG nº 21.673.958-5, . como incurso nas penas do artigo 214, combinado com o artigo 224, alínea "a", na forma do artigo 71, todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade pena de 10 (dez) anos 11 (onze) meses e 07 (sete) dias de reclusão. **O regime inicial de cumprimento de pena a será o fechado, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal e do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.** Tratando-se de crime cometido com violência e grave ameaça à pessoa e de pena privativa de liberdade aplicada superior a quatro anos, deixo de realizar a substituição por pena restritiva de direitos (artigo 44, do Código Penal). O réu respondeu a parte do processo em liberdade, no entanto, diante da condenação que ora se impõe, presentes os pressupostos essenciais da prisão preventiva (prova da existência de crime doloso punido com reclusão e prova de autoria), necessária de sua custódia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cautelar para assegurar a aplicação da lei penal e da pena que se impõe. Ressalvo que, nos termos do parágrafo único do artigo 387, do Código de Processo Penal, não fica condicionado o direito de interposição de recurso ao recolhimento ao cárcere" (fls. 38-39 -grifei).

"4. Há que se fazer um reparo na reprimenda.

4.1. A pena-base foi aumentada de 1/4 em decorrência das conseqüências do crime, que causaram à vítima forte abalo emocional e psicológico, de difícil solução. Além disso, o aumento fundamentou-se nas circunstâncias do crime, pois "o acusado, já adulto, obrigou criança indefesa e inocente a com ele praticar atos libidinosos para satisfazer a sua lascívia, os seus desejos carnavais, em sua residência, local em que a vítima não teria qualquer meio de defesa ou de se socorrida".

Entretanto, tais argumentos são elementares do próprio tipo penal e já estão inseridos, por certo, na cominação da pena.

*Também **a agravante aplicada na sentença será afastada, evitando-se assim o bis in idem**, na medida em que a idade da vítima serviu para tipificar a conduta criminosa e não pode ser novamente considerada para aumento da pena.*

*Assim, **a pena-base é mantida no mínimo legal.***

*A seguir, **em decorrência da continuidade delitiva a pena foi aumentada de 1/4**. No entanto, não se conhece a exata quantidade de agressões sofridas pela vítima. A dúvida, no caso, impõe o aumento mínimo pela continuidade delitiva. A pena totaliza, portanto, 07 anos de reclusão.*

*5. **O regime fechado fica mantido, pois justificado na sentença** (fls. 169).*

Pelo exposto, deram parcial provimento ao recurso, a fim de diminuir a pena para 07 anos de reclusão em regime fechado, afastadas as preliminares de nulidade alegadas pela defesa" (fls. 49-50 - grifei).

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, uma vez que não há razão para não conceder o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda, **pois a hediondez do crime** não constitui motivo suficiente a justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena.

Faz-se, portanto, indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, **b**, e § 3º, e 59 do CP. Tal entendimento, aliás, foi consignado no enunciado Sumular n. **719** do col. **Pretório Excelso**, o qual transcrevo, respectivamente, a seguir:

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

No mesmo sentido é o enunciado 440 da súmula desta eg. Corte de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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".

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário, a quantidade da pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de toda e qualquer circunstância judicial desfavorável ao paciente.

Colaciono, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal** que ratificam esse entendimento:

*"Habeas corpus. 2. Roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes (art. 157, § 2º, incisos I e II do CP). Condenação. Regime inicial fechado. 3. Pedido de fixação de regime semiaberto. Possibilidade: primariedade do agente; circunstâncias judiciais favoráveis (pena-base fixada no mínimo legal); e fundamentação inadequada (gravidade in abstracto do delito). 4. **A jurisprudência do STF consolidou o entendimento segundo o qual a hediondez ou a gravidade abstrata do delito não obriga, por si só, o regime prisional mais gravoso**, pois o juízo, em atenção aos princípios constitucionais da individualização da pena e da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, deve motivar o regime imposto observando a singularidade do caso concreto. 5. Aplicação das Súmulas 718 e 719. 6. Decisão monocrática do STJ. Ausência de interposição de agravo regimental. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena" (HC n. 119.287, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 14/5/2014, grifei).*

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. 1. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. 2. A imposição do regime menos gravoso não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme expressa remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. 3. Fixação do regime de cumprimento da pena lastreada na gravidade abstrata do delito. 4. Condenação à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos, reincidência inexistente e a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal na sentença, preenchem os requisitos legais para a fixação do regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP). 5. Ordem concedida" (HC n. 118.930, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 21/11/2013).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes prolatados no âmbito do eg.

Superior Tribunal de Justiça:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE APELAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO, DE OFÍCIO.

1. [...]

2. In casu, foi fixado o regime inicial fechado com base, exclusivamente, na hediondez do delito, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores.

3 Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda corporal imposta ao paciente nos autos da Ação Penal n.º [...]" (HC n. 295.577/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 26/9/2014).

"REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ENUNCIADOS 440 DA SÚMULA DESTA STJ E 718 E 719 DA SÚMULA DA SUPREMA CORTE. ILEGALIDADE DEMONSTRADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos de reclusão poderá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

iniciar o cumprimento da reprimenda no regime aberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal e sendo o acusado primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso que o legalmente previsto.

3. A Suprema Corte, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado, e a exegese do Enunciado 440 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça é no mesmo norte.

*3. Ordem concedida para, confirmando-se a liminar anteriormente deferida, **determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, bem como para estabelecer o regime aberto como modo inicial de cumprimento da sanção privativa de liberdade aplicada**" (HC n. 269.212/SP, Quinta Turma, Min. Jorge Mussi, DJe de 6/8/2013, grifei).*

Em suma, a circunstância utilizada na sentença condenatória para justificar a imposição do regime fechado, mantida em sede de recurso de apelação mesmo após o eg. Tribunal **a quo** ter redimensionado a pena, não se revela idônea e malfere a sistemática estabelecida pela legislação.

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**.

Contudo, concedo a ordem de ofício para fixar o regime prisional **semiaberto** para o início do cumprimento da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0155712-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 328.675 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00070620320088260070 20110000249407 22682008 70620320088260070

EM MESA

JULGADO: 15/09/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M A T (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.