



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.735 - SP (2014/0102186-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E F T (PRESO)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTRADIÇÃO NÃO SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO). FIXAÇÃO DA FRAÇÃO. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. ART. 33, §2º, B, DO CP. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMI-ABERTO.

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 específico (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Ministra **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 ou de revisão criminal (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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 - A tese defensiva referente à suposta contradição entre a aplicação de fração intermediária e a fixação de minorante no mínimo legal enunciada no parágrafo único do art. 26 do Código Penal não foi debatida perante o eg. Tribunal **a quo**, o que inviabiliza a análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

IV - No caso em questão, considerando o **laudo psiquiátrico** deduzido perante as instâncias ordinárias, a verificação pelo eg. Tribunal de origem de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

deficiência mental do ora paciente está entre a normalidade intelectual e o retardo leve (fl. 25) **ratifica a correta aplicação da minorante no patamar mínimo**, não incidindo, assim, em flagrante ilegalidade.

V - Em relação à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, insta consignar que a jurisprudência desta 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 CP.

VI - **In casu**, trata-se de paciente primário, a quantidade da pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e, por fim, a pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o início do cumprimento da pena do paciente no regime **semi-aberto**.

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, 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), 10 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.735 - SP (2014/0102186-6)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de ELIEL FERREIRA TELES, contra v. acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso "*no artigo 217-A, combinado com o artigo 226, inciso II, todos do Código Penal, ao cumprimento de medida de segurança, consistente em internação por tempo indeterminado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou em outro estabelecimento adequado, com avaliações pelo prazo mínimo intermediário de 03 (três) anos, segundo as regras do art. 97 do Código Penal*" (fl. 38) .

Asseverou o magistrado na sentença proferida:

*"Conforme o laudo **o réu não era inteiramente incapaz, assim entendido para os atos da vida civil.** Porém, quanto ao molestamento sexual de crianças durante todo o feito mostrou-se incapaz de entender o ato e até mesmo convicto de que era justificável (pois a criança o teria seduzido). As doenças acima citadas e o parecer médico incidam que é sim perigoso quanto a atos como o dos autos, por isso o caso é de internação em Hospital de Custódia e tratamento ambulatorial em seguida.*

*Assim, diante de todo o conjunto probatório, não resta dúvida sobre a autoria e materialidade da conduta ao réu imputada, **sendo sua condenação medida que se impõe, substituída a pena - fixada para fins de prescrição e eventual revisão da decisão pela internação.***

Da pena.

Fixo a pena-base em 8 anos de reclusão, porque não tem antecedente criminal que possa ser considerado.

*Levando em consideração sua **confissão**, mas também o fato de o réu **exercer autoridade sobre a vítima** (incide a causa de aumento de pena inciso II do artigo 226 do Código Penal), **sua pena fica estabilizada em 10 anos de reclusão.***

***O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade é o fechado**, ante a quantidade da pena aplicada e a gravidade do crime, que também impede a concessão de benefícios e o direito de recorrer em liberdade, pois representa um perigo para a ordem pública.*

*Não obstante, com fundamento nos arts. 26, parágrafo único, 96, II e 98, todos do Código Penal, **substituo a pena imposta por medida de segurança, considerando o laudo psiquiátrico apresentado nos autos em apenso**" (destaquei, fls.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

109-110).

Irresignados, tanto a defesa quanto o Ministério Público Estadual interpuseram recurso de apelação, pugnando pela não aplicação da medida de segurança (fls. 116 e 147). A defesa, além do pedido de absolvição, alega que deveria ter sido imposta ao paciente a redução do parágrafo único do art. 26 do Código Penal no patamar máximo, ou seja, dois terços (fl. 148).

O eg. Tribunal **a quo** deu parcial provimento aos apelos para "*afastar a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, fixando a sanção final em seis anos e oito meses de reclusão*", com a transferência imediata do acusado para estabelecimento prisional compatível com o regime prisional inicial fechado (fls. 27-28).

Eis o trecho do v. acórdão reprochado:

"A pena-base foi fixada em oito anos de reclusão, mínimo previsto para a espécie.

Houve parcial compensação entre a atenuante da confissão (extrajudicial) e a causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal (réu era marido da avó da vítima e exercia autoridade sobre a menor) (majoração de dois anos, em vez de quatro, totalizando dez anos de reclusão).

Em decorrência da causa de diminuição do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, e levando-se em conta o grau de comprometimento das faculdades mentais do acusado, portador de retardo mental limítrofe, opta-se pela redução na fração intermediária de 1/3 (um terço), totalizando sanção final de seis anos e oito meses de reclusão.

Uma vez afastada a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, mantém-se o regime prisional inicial fechado adotado na sentença, em face da gravidade do crime e da periculosidade revelada pelo agente, exigindo, em consequência, resposta penal mais enérgica com a qual não é compatível solução mais branda.

Diante do exposto, dá-se parcial provimento aos recursos do Ministério Público e de Eliel, para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança de internação, fixando a sanção final em seis anos e oito meses de reclusão. Após o trânsito em julgado, providencie-se a imediata transferência do acusado para estabelecimento prisional compatível com o regime prisional inicial fechado" (fls. 26-28).

Daí o presente **writ**, no qual alega o impetrante que é cabível a concessão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordem para aplicar a diminuição da pena no patamar de dois terços, nos termos do art. 26, parágrafo único, do Código Penal, além de determinar o início do cumprimento da pena no regime semi-aberto.

Aduz o impetrante que o Tribunal "*aplicou diminuição da pena em patamar mínimo **sem qualquer fundamentação concreta** sobre o caso em comento, eis que ao momento que reconheceu o **Paciente com retardo mental limítrofe**, apenas reconheceu o texto da lei que fala em "perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado", sendo certo ainda que, **ao optar pela redução da pena em "um terço", assim o fez fazendo referência a estar optando em montante referente à fração intermediária conquanto tal montante de diminuição se refere ao montante mínimo** destacado no Parágrafo Único do art. 26 do Código Penal"* (destaquei, fl. 5).

A liminar foi indeferida às fls. 47-48.

Informações prestadas às fls. 57-189.

O Ministério Público Federal, às fls. 193-199, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e, se conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.735 - SP (2014/0102186-6)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTRADIÇÃO NÃO SUSCITADA PERANTE O TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 26, PARÁGRAFO ÚNICO). FIXAÇÃO DA FRAÇÃO. REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. ART. 33, §2º, B, DO CP. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME SEMI-ABERTO.

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 específico (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Ministra **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 ou de revisão criminal (v.g.: HC 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A tese defensiva referente à suposta contradição entre a aplicação de fração intermediária e a fixação de minorante no mínimo legal enunciada no parágrafo único do art. 26 do Código Penal não foi debatida perante o eg. Tribunal **a quo**, o que inviabiliza a análise por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância.

IV - No caso em questão, considerando o **laudo psiquiátrico** deduzido perante as instâncias ordinárias, a verificação pelo eg. Tribunal de origem de que a deficiência mental do ora paciente está entre a normalidade intelectual e o retardo leve (fl. 25) **ratifica a correta aplicação da minorante no patamar mínimo**, não incidindo, assim, em flagrante ilegalidade.

V - Em relação à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, insta consignar que a jurisprudência desta 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 CP.

VI - **In casu**, trata-se de paciente primário, a quantidade da pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e, por fim, a pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o início do cumprimento da pena do paciente no regime **semi-aberto**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso específico (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Ministra **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 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pretende o impetrante, em síntese, por meio do presente **habeas corpus**, a concessão da ordem para que seja aplicada a causa de diminuição do parágrafo único do art. 26 do Código Penal no patamar máximo de dois terços, além da fixação do regime inicial de cumprimento de pena no regime semi-aberto.

Alega que, no caso, há verdadeiro constrangimento ilegal suportado pelo paciente na medida em que foi aplicada *"diminuição da pena em patamar mínimo sem qualquer fundamentação concreta sobre o caso em comento"*.

Aduz que o Tribunal **a quo** *"ao optar pela redução da pena em um terço, assim o fez fazendo referência a estar optando em montante referente à fração intermediária"* (fl. 5).

Inicialmente, faz-se necessário asseverar que o questionamento acerca da suposta contradição entre a menção de redução na fração intermediária e a aplicação da causa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de diminuição em patamar mínimo (1/3) deveria ter sido suscitado em embargos de declaração, opostos perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Configuraria, portanto, supressão de instância alterar a fração da minorante para outro valor que pudesse corresponder à fração intermediária almejada, apenas baseado em contradição não analisada pelo Tribunal a quo.**

Ademais, observa-se da irresignação que não há discussão acerca dos elementos fáticos que culminaram na definição de "retardo mental limítrofe", nem mesmo controvérsia acerca da classificação desse nível de incapacidade. Dessa forma, trata-se de reavaliação do conjunto probatório definido pelo Tribunal **a quo** e não de reexame das provas acerca do nível de compreensão do paciente. Questiona-se apenas o enquadramento desse tipo de deficiência no patamar mínimo da causa de diminuição do parágrafo único do art. 26 do Código Penal, **in verbis**:

*"Parágrafo único - A pena pode ser **reduzida de um a dois terços**, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado **não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento**" (destaquei).*

No caso em questão, considerando o **laudo psiquiátrico** deduzido perante as instâncias ordinárias, o Tribunal **a quo** asseverou que "*o paciente apresentava **retardo mental limítrofe**, que se situa **entre o retardo mental leve e a normalidade intelectual***" e que "*no decorrer da audiência, o acusado demonstrou ser **pessoa articulada**, tendo exercido seu direito à autodefesa a contento*" (destaquei, fl. 26).

Apesar do termo "*limítrofe*" comportar alguma interpretação extensiva, é inquestionável que o significado da expressão remete a uma condição suave, superficial, branda. Assim, a meu ver, a verificação pelo juízo colegiado de que a deficiência mental do ora paciente está entre a normalidade intelectual e o retardo leve (fl. 25) **ratifica a correta aplicação da minorante no patamar mínimo.**

Observo, portanto, que a citada redução de pena está coerente com o ordenamento jurídico, não incidindo, assim, em flagrante ilegalidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, em relação à fixação do regime inicial de cumprimento de pena, insta consignar que a jurisprudência desta 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 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 inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário. A quantidade da pena aplicada é inferior a 8 (oito) e superior a 4 (quatro) anos. Por fim, a pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto no v. acórdão, no **punctum saliens**:

"A pena-base foi fixada em oito anos de reclusão, mínimo previsto para a espécie.

Houve parcial compensação entre a atenuante da confissão (extrajudicial) e a causa de aumento do artigo 226, inciso II, do Código Penal (réu era marido da avó da vítima e exercia autoridade sobre a menor) (majoração de dois anos, em vez de quatro, totalizando dez anos de reclusão).

Em decorrência da causa de diminuição do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, e levando-se em conta o grau de comprometimento das faculdades mentais do acusado, portador de retardo mental limítrofe, opta-se pela redução na fração intermediária de 1/3 (um terço), totalizando sanção final de seis anos e oito meses de reclusão" (fls. 26-27).

Acerca do tema, mister colacionar alguns julgados proferidos pelo col. **Supremo Tribunal Federal**:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 119287, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 14/5/2014).

"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 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 118930, **Primeira Turma**, Rel. Ministra **Rosa Weber**, DJe de 21/11/2013).

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do **Superior Tribunal de Justiça**:

"HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. WRIT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO.
FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Compete ao juiz natural da causa indicar, à luz do artigo 33 do Código Penal, motivadamente, qual o regime inicial para o cumprimento da reprimenda, não sendo possível coarctar-lhe a consideração de fatores que, associados e complementares à dogmática penal, indiquem como necessária, para o alcance dos fins da pena, a imposição de regime mais gravoso do que indicaria a mera correspondência da quantidade da pena à previsão legal.

2. **A fixação do regime inicial fechado teve fundamentação inidônea, visto que, apesar da primariedade da condenada, das circunstâncias judiciais favoráveis e do quantum de pena (5 anos e 4 meses de reclusão), o regime carcerário inicial foi estabelecido com base na gravidade abstrata do delito, em afronta aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 e 719 do STF.**

3. Na hipótese dos autos, tanto na sentença quanto no acórdão, a imposição do regime prisional fechado está motivada na gravidade abstrata do delito e em erro quanto à premissa sobre a qual se desenvolveu a motivação judicial, qual seja, o emprego de arma de fogo, haja vista ter sido o roubo cometido com uso de uma faca.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime inicial semiaberto ao paciente" (HC 278204/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 18/9/2014, grifei).

"RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. ACRÉSCIMO SUPERIOR À FRAÇÃO MÍNIMA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA SEM FUNDAMENTO CONCRETO. CRITÉRIO NUMÉRICO. ENUNCIADO N. 443 DA SUMULA DO STJ. REGIME PRISIONAL INICIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. VERBETE N. 440 DA SÚMULA DO STJ.

1. Consoante jurisprudência consolidada no âmbito desta Corte Superior, é ilegal o aumento da pena com fundamento apenas na quantidade de majorantes do crime de roubo, sem qualquer fundamentação concreta. Súmula n. 443 do STJ.

2. **É inidônea a fixação de regime inicial mais severo com apoio apenas na opinião em abstrato do julgador quanto ao crime em apreço, sobretudo quando o apenado é primário e a pena-base não vai além do mínimo legal, como na espécie. Súmula n. 440 do STJ.**

3. Recurso especial provido para reduzir a pena corporal para 5 anos e 4 meses de reclusão e fixar o regime inicial semiaberto"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1409857/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 19/8/2014, grifei).

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

Todavia, **concedo a ordem de ofício**, para que seja fixado o início do cumprimento da pena do paciente no regime **semi-aberto**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0102186-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.735 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00248864320128260196 20140000214071 248864320128260196

EM MESA

JULGADO: 10/02/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO SERGIO SEVERIANO
ADVOGADO : PAULO SERGIO SEVERIANO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : E F T (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) votaram com o Sr. Ministro Relator.