



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.034 - SP (2015/0199010-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : A V DOS S
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A V DOS S (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL). PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL (8 ANOS DE RECLUSÃO). AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL FECHADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA N. 440 DO STJ E SÚMULAS N. 718 E 719 DO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

– O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

– 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.

– No termos da Súmula n. 440/STJ, *"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"*.

– Do que se depreende dos autos, o regime fechado, mais gravoso do que a pena comporta, foi estabelecido sem base em elementos concretos extraídos dos autos, pois lastreado apenas na hediondez do crime.

– No caso, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto, pois, além de a pena-base ter sido estabelecida no mínimo legal (8 anos), demonstrando a ausência de circunstâncias judiciais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, inexistiu fundamentação idônea a amparar a fixação de regime mais gravoso. Inteligência da Súmula n. 440/STJ e das Súmulas n. 718 e 719/STF.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto.

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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.034 - SP (2015/0199010-2)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : A V DOS S
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A V DOS S (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado, em causa própria, por A. V. dos S., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação n. 0000123-80.2013.8.26.0280.

Infere-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal (e-STJ fls. 6/12).

Irresignada, a defesa apelou, tendo o Tribunal de origem, por maioria de votos, negado provimento ao recurso e mantido íntegra a condenação (e-STJ fls. 37/54).

Na presente impetração, busca-se a alteração do regime prisional para o semiaberto, sob o fundamento de que a pena-base foi estabelecida no piso legal, demonstrando, assim, que a imposição do regime mais gravoso está em dissonância ao preconizado na Súmula n. 440/STJ e nas Súmulas 718 e 719, ambas do STF.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública requereu a concessão da ordem de ofício, ou a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para o ajuizamento de revisão criminal.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pela concessão *ex officio* da ordem (e-STJ fls. 71/74).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 333.034 - SP (2015/0199010-2)

VOTO

O EXMO. SENHOR MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, cumpre analisar a adequação da via eleita para a manifestação da irresignação contra o acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do *habeas corpus*, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

No caso, a impetração insurge-se contra acórdão do Tribunal de origem que deu parcial provimento ao apelo interposto pela defesa, o que, de acordo com a nossa sistemática recursal, ensejaria a hipótese de recurso especial.

Assim, embora o impetrante/paciente não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à sua defesa, passo à análise das teses defensivas, a fim de verificar a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação, de ofício, por este Superior Tribunal de Justiça.

Como já consignado no relatório, busca-se a fixação do regime semiaberto em favor do impetrante/paciente, condenado à pena mínima de 8 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 217-A do Código Penal.

Primeiramente, ressalta-se que a Suprema Corte, 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 8.072/1990, com redação dada pela Lei 11.464/2007, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988), concluiu ser possível o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por outro lado, sabe-se que, para se estabelecer regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. 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.

Nesse mesmo sentido, há as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis*:

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, o sentenciante, ao proferir a sentença condenatória, estabeleceu a pena-base no mínimo legal de 8 anos de reclusão, que se tornou definitiva, ante a ausência de causas modificadoras, e fixou o regime fechado, com base na seguinte fundamentação:

Em consequência do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), deverá cumprir a pena privativa de liberdade inicialmente em regime fechado, com a progressão prevista no § 2º do mesmo artigo (e-STJ fls. 11/12).

O Tribunal de origem manteve a condenação e o Relator, embora vencido quanto à desclassificação do delito para a sua forma tentada, destacou que se impõe o regime fechado, tendo destacado que:

O regime para o cumprimento da pena privativa de liberdade, o inicial fechado, em conformidade com o disposto no § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, é o legal e apresenta-se como compatível com as circunstâncias do caso em tela, que lhe conferem contornos de gravidade diferenciada (e-STJ fl. 48).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sabe-se que o deferimento do regime semiaberto dá-se desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, *b*, e § 3º, *c/c* o art. 59 do Código Penal.

No caso em tela, a sentença e o acórdão recorridos limitaram-se a determinar o regime inicial de cumprimento de pena com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, sem examinar 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.

Registre-se que, na espécie, o paciente, primário, teve a pena-base fixada no piso legal e mantida, definitivamente, no mesmo patamar, em razão da ausência de causas capazes de modificar a pena nas outras fases da dosimetria.

Todavia, do que se depreende dos trechos acima transcritos, o regime fechado, mais gravoso do que a pena comporta, foi estabelecido sem base em elementos concretos extraídos dos autos, atraindo, assim, a aplicação do já mencionado enunciado n. 440 da Súmula desta Corte.

Por oportuno, consigne-se que não ocorrerá mais o agravamento da sanção, pois, segundo informações colhidas no *site* do Tribunal de origem - www.tjsp.jus.br -, nos autos do Processo n. 0000123-80.2013.8.26.0280, em 2/10/2014, foi certificado o trânsito em julgado da ação penal para o Ministério Público.

Assim, considerando a pena de 8 (oito) anos de reclusão e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, modifico o regime de cumprimento da pena do ora paciente para o semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal.

Nesse sentido:

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.

(...)

III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

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. (HC 328.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1/10/2015) – (grifei).

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.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0199010-2

HC 333.034 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001238020138260280 1238020138260280

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : A V DOS S
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A V DOS S (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 Ribeiro Dantas, Felix Fischer, Jorge Mussi e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.