



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.528 - SP (2015/0294182-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **MILTON FERNANDO TALZI**
ADVOGADO : **MILTON FERNANDO TALZI**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **GIULIANO DE LIMA ALMEIDA (PRESO)**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. **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 - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 04 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional **aberto (Precedentes)**.

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, 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*".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

idônea".

VI - *"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."* (**Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003**).

VII - *"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."* (**Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte**).

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o **regime prisional aberto** 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 Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.528 - SP (2015/0294182-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de GIULIANO DE LIMA ALMEIDA contra v. acórdão prolatado pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 121, **caput**, na forma do artigo 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, **em regime inicial semiaberto**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, que, à unanimidade, negou provimento ao apelo em acórdão assim ementado:

"Tentativa de homicídio em sua forma simples - Jurados que optaram pela versão acusatória, em detrimento da tese defensiva - Anulação do julgamento - Inviabilidade Condenação que encontra apoio em uma das vertentes de prova - Pena e regime devidamente fundamentados Decisão mantida Apelo não provido" (fl. 39).

Daí o presente **mandamus**, no qual alega o impetrante a existência de constrangimento ilegal, uma vez que foi estabelecido o regime prisional semiaberto, apesar do **quantum** da pena autorizar o regime aberto, as circunstâncias judiciais serem favoráveis e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Aduz que a fixação do regime mais severo sem a devida fundamentação contraria as Súmulas nº 718 e 719 do STF. Busca, assim, o direito de iniciar o cumprimento de pena no regime aberto.

Liminar indeferida à fl. 58.

Informações prestadas às fls. 65-68.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 93-99, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 341.528 - SP (2015/0294182-0)

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMÁRIO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. **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 - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período igual ou inferior a 04 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime prisional **aberto (Precedentes)**.

IV - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea c, 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 - *"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."* **(Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003)**.

VII - *"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."* **(Enunciado da Súmula nº 440 desta Corte)**.

Habeas corpus não conhecido.

Ordem concedida de ofício para fixar o **regime prisional aberto** 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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).

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, o reconhecimento da ilegalidade da r. sentença condenatória, confirmada pelo eg. Tribunal de origem, no ponto em que fixou o regime semiaberto para o cumprimento da pena, sendo insuficiente a fundamentação baseada apenas na gravidade do crime para estabelecimento de regime mais gravoso.

Insta consignar, inicialmente, que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime aberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, c, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Para melhor delimitar a **questio**, transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"Dosimetria da pena.

"Na primeira fase da dosimetria penal, verifica-se não haver circunstâncias judiciais a interferir na pena a ser aplicada. Por isso, a sanção corporal é mantida no piso legal.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Nessa esteira, igual situação se verifica em relação às causas de aumento.

Incide a diminuição provocada pela tentativa. Houve dois disparos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

arma de fogo. Nenhum deles, contudo, atingiu o ofendido. Há notícia de que um deles foi direcionado para o alto e, portanto, não poderia alvejar a vítima. Por isso, conquanto tenha sido o delito executado por meio significativamente letal, isto é, com emprego de arma de fogo, de se considerar ter se mantido a vítima inabalada, justificando-se, diante desse quadro, a redução da pena, não no patamar máximo de 2/3, mas em percentual que a estime em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a ação penal para CONDENAR o acusado GIULIANO DE LIMA ALMEIDA,, qualificado nos autos, a pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, pela prática do delito tipificado no artigo 121, caput, c.c. art.14, inciso II, ambos do Código Penal.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, deverá ser observada a disposição prevista no art.33, §2º, "b", do Código Penal, e o teor da Súmula nº. 719, do Supremo Tribunal Federal, de maneira que o condenado inaugurará a execução em regime semiaberto. O delito é grave e quase ceifou a vida da vítima. Logo, o regime inicial de cumprimento deve ser proporcional a tal realidade" (fls. 35-36 - grifei).

No mesmo sentido foi o entendimento expresso no v. acórdão do eg. Tribunal a quo, conforme se depreende do seguinte excerto, **verbis**:

"A seguir passa-se a análise do cálculo da pena.

A reprimenda inicialmente foi fixada em seu patamar mínimo, e, adequadamente reduzida por força do conatus, não comportando nenhuma modificação.

O regime inicial semiaberto se revela o adequado ao caso, notadamente pelo fato de o apelante ter efetuado disparos contra o ofendido assumindo o risco de ceifar sua vida, devendo, assim, subsistir.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso" (fl. 41 - grifei).

In casu, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais. Além disso, a pena final não excede quatro anos de reclusão e o paciente é primário.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda. Neste sentido, os seguintes precedentes deste **Superior Tribunal de Justiça**:

"HABEAS CORPUS. ROUBO TENTADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. SÚMULA 718 E 719/STF E 440/STJ. APLICABILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica, em que a ordem possa ser concedida de ofício.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é remansosa no sentido de que a determinação de encarceramento do réu antes de transitado em julgado o édito condenatório deve ser efetivada apenas se presentes e demonstrados os requisitos trazidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal.

3 - No caso dos autos, é flagrante a ilegalidade diante do fato de que o acórdão recorrido, para ordenar a prisão do paciente, lançou mão de dispositivo não recepcionado pela C.R - por declaração expressa do Pleno do STF -, dando à prisão o nítido caráter de **execução da pena, antes do trânsito em julgado da condenação**, porquanto **ainda pende de julgamento o recurso especial interposto pela defesa**.

4. Embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, não obstante o quantum de 2 anos de reclusão, e o fato de o paciente ser primário, foi determinado o regime inicial fechado com fundamento na gravidade abstrata do delito, o que configura coação ilegal. Súmula n. 440 do STJ e Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, **para permitir que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da decisão condenatória e também para fixar-lhe o regime inicial aberto de cumprimento de pena**" (HC n. 283.846/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 15/4/2014, grifei).

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CONDENAÇÃO. SENTENÇA QUE CONCEDEU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELO JULGADO. ESGOTAMENTO DA VIA ORDINÁRIA. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS MOTIVOS AUTORIZADORES DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DA ANTECIPAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. EXEGESE DO ART. 5.º, LVII, DA CF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. LIMINAR CONFIRMADA. [...] REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FORMA INTERMEDIÁRIA. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO DO MODO ABERTO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2.º E 3.º DO CÓDIGO PENAL. ENUNCIADOS 440 DA SÚMULA DESTES 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 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, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe de 6/8/2013, grifei).

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados n. 718 e 719 da Súmula/STF, e n. 440 da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."

"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."

Assim, a ordem merece ser concedida de ofício para fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, não conheço do presente **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem de ofício** para fixar o **regime aberto** para cumprimento da pena imposta

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0294182-0

HC 341.528 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00089918220108260270 17622013 20130000292783 20150000166519 2700120100089911
6712010 89918220108260270 90000075320108260270

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MILTON FERNANDO TALZI
ADVOGADO : MILTON FERNANDO TALZI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : GIULIANO DE LIMA ALMEIDA (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Simples

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, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.