



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.910 - SP (2015/0284548-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PACIENTE PRIMÁRIO. PENA DEFINITIVA FIXADA 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO

– O Superior Tribunal de Justiça - STJ, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal - STF, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

– De acordo com o artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o não reincidente com pena fixada em patamar igual a 4 anos pode iniciar o cumprimento em regime aberto. Todavia, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser imposto regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal. (Precedentes).

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para impor o regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do *habeas corpus*, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO ERICSON MARANHÃO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.910 - SP (2015/0284548-3)

RELATOR : MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)

IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES

ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de ANDERSON DOS SANTOS contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0000510-48.2012.8.26.0404).

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 121, § 2º, inciso III, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado:

Apelação Criminal. Condenação pelo Tribunal do Júri. Tentativa de homicídio qualificado. Defesa almeja, em apertada síntese, o abrandamento do rigor carcerário. Inarredável o regime inicial fechado, embora o Supremo Tribunal Federal venha declarando a não obrigatoriedade do inicial fechado aos crimes hediondos, no caso em exame as circunstâncias concretas demonstram a necessidade de uma maior repreensão estatal a fim de refrear os impulsos criminosos do ora apelante. - Recurso improvido (fls. 119).

Em seguida, a defesa opôs embargos de declaração que foram rejeitados (fls. 201/203).

No presente *writ*, o impetrante sustenta haver constrangimento ilegal, porquanto a manutenção do regime inicial fechado viola o disposto nas Súmulas n. 718 e 719 do STF, bem como n. 440 do STJ, uma vez que fundada apenas na gravidade abstrata do delito.

Ressalta a primariedade e os bons antecedentes do paciente e argumenta, ainda, que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis, tanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Busca, assim, a concessão da ordem com a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da pena.

Indeferido o pedido de liminar (fls. 129/130) e prestadas informações pelas instâncias ordinárias (fls. 133/136, 139/192 e 194/206), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, mas pela concessão parcial da ordem com imposição do regime semiaberto (fls. 209/213).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 340.910 - SP (2015/0284548-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

O presente *habeas corpus* não merece conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio (HC n. 109956, Relator Ministro MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe 11/9/2012). Contudo, se constatada a existência de manifesta ofensa à liberdade de locomoção do paciente, é possível a concessão da ordem de ofício (HC n. 271.890/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 3/9/2014).

Assim, passo a analisar as alegações trazidas pelo impetrante, ante a possibilidade da existência de alguma flagrante ilegalidade que justifique a concessão de ordem de ofício.

Conforme consignado, busca-se na presente impetração a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda.

No caso em tela, o Magistrado de primeiro grau, ao fixar o regime prisional imposto, consignou que:

Dosimetria da pena no que tange ao crime praticado contra Amanda:

Observando o disposto no art. 59 do Código Penal, mormente à premeditação de sua conduta ilícita, ao munir-se previamente de gasolina e depois acender o fósforo, aos motivos do crime consistente na irresignação pelo término do relacionamento amoroso, sopesando também o dolo eventual e não o direto em sua conduta, fixo a pena base do réu em quatorze anos de reclusão.

Na segunda fase, está presente a atenuante da menoridade por ser o réu menor de 21 anos na data dos fatos (art. 65, I, do Código Penal), o que autoriza o retorno da pena ao patamar de 12 anos de reclusão. Ainda que se considere a atenuante da confissão, sua aplicação não pode minorar a pena abaixo do mínimo legal.

Na terceira fase, como se trata de delito realizado na forma tentada, reduzo a pena em 2/3 diante do trecho do iter criminis percorrido, já que o réu, apesar de ter derramado gasolina e ateado fogo, a vítima sofreu apenas lesões de natureza leve. Assim, fixo sua pena será de 04 anos de reclusão.

Em consequência do artigo 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), sobretudo a forma e motivos para a execução do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime, deverá o réu cumprir a pena inicialmente em regime FECHADO, com a progressão prevista no §2º do mesmo artigo (fls. 95/96).

O Tribunal de origem, por sua vez, ao negar provimento ao recurso defensivo, destacou o seguinte:

Embora a r. sentença tenha percorrido fundamentação contrária a orientação do Supremo Tribunal Federal, tenho que o regime inicial fechado era e o é de rigor, não pelo fato de estar encartado no rol taxativo dos crimes hediondos e sim pela crueldade apresentada por ANDERSON no dia 21 de dezembro de 2011.

Desolado com o término do relacionamento rumou até a residência da vítima e ao visualizá-la iniciou sua destemperada conduta "desceu de seu automóvel e agrediu sua ex-namorada com socos e chutes a tragédia só não foi maior em razão da intervenção de Vanderlene a qual impediu o acusado de colocar sua filha no interior do automóvel.

Não satisfeito com o entrevero causado, retornou ao local dos fatos e novamente agrediu Amanda com socos.

Como se não bastasse, buscou no automotor uma garrafa pet com gasolina, jogando o líquido em Amanda e Vanderlene, na sequência ateou fogo. Novamente o instinto materno impediu uma tragédia, vez que Vanderlene "abraçou a filha no intuito de apagar as chamas, restando gravemente lesionada, haja vista que havia sido atingida por gasolina jogada pelo denunciado" (cf. fls. I-d/2-d).

Tais circunstâncias denotam um maior grau de reprovabilidade na conduta perpetrada por ANDERSON DOS SANTOS sendo o regime fechado medida de rigor a fim de refrear seus impulsos criminosos (fls. 121/122).

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Magistrado, ao optar pelo regime prisional mais adequado à repressão e prevenção do delito, não está absolutamente adstrito ao *quantum* da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, se guiar pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo, ainda que se trate de crime hediondo.

No caso dos autos, ao contrário do que alega a defesa, verifica-se a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada em patamar acima do mínimo legal, o que justifica a aplicação de regime prisional mais gravoso do que o previsto para a pena imposta.

É certo que, de acordo com o artigo 33, § 2º, c, do Código Penal, o não reincidente com pena fixada em patamar igual ou inferior a 4 anos pode iniciar o cumprimento em regime aberto. Entretanto, diante da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, deve ser imposto regime prisional mais gravoso, qual seja o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes precedentes:

PROCESSUAL PENAL. PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 15 DA LEI Nº 10.826/03. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REPRIMENDA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar na concessão de "liberdade provisória" quando da ocorrência do trânsito em julgado da condenação.

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, estabelecida a reprimenda em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é adequada a estipulação do regime inicial semiaberto, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstância judicial desfavorável.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 337.726/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 11/12/2015)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, CAPUT, C.C. ART. 14, II, CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. CONDENAÇÃO. (2) PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. (3) PENA-BASE INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ANTECEDENTES). REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Considerando a sanção abstrata prevista para o crime de homicídio - 6 a 20 anos -, não parece razoável a fixação da pena-base (8 anos e 6 meses de reclusão) do paciente, em decorrência da valoração negativa de apenas uma das circunstâncias judiciais (antecedentes). O decisum viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo de rigor a imposição do patamar de aumento em 1/6 (um sexto), fator que define a pena-base em 7 anos de reclusão. Esclareça-se que em razão da atenuante da confissão espontânea e da tentativa, a reprimenda fica estabelecida em 3 anos e 3 meses de reclusão.

3. Nos termos dos artigos 33 e 59 do Código Penal, redimensionada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, é apropriada a estipulação do regime inicial semiaberto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

eis que existe circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como estabelecer o regime inicial semiaberto (HC 216.552/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 29/10/2013)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO NA TERCEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 3º, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência firmou o entendimento de que, como o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.

11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, especialmente, o disposto no art. 42 da Lei de Drogas.

2. Não há ilegalidade a ser sanada na terceira etapa da dosimetria, pois o Tribunal de Justiça de origem destacou, para manutenção do percentual de 1/2 de aumento da pena, a quantidade e a natureza dos entorpecentes apreendidos, elementos que não foram analisados para a exasperação da pena-base.

3. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

4. No caso, o Tribunal estadual, após registrar que "o regime inicial fechado decorre de texto expresso de lei" (fl. 214), asseverou que "a grande quantidade de drogas apreendidas em poder de GERSON mostra-se incompatível com o regime semiaberto" (fl. 214).

5. Por se tratar de pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, a Corte local deveria ter analisado a possibilidade de impor o regime inicial aberto de cumprimento da pena (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal) ou, diante das circunstâncias do caso concreto (como a quantidade e natureza das drogas apreendidas), haver fixado regime mais gravoso - semiaberto, e não o fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Assim, à vista da pena final aplicada (2 anos e 6 meses de reclusão) e da quantidade e da natureza das drogas (15 papélotes de cocaína e mais 15 papélotes de cocaína na forma de crack, com peso aproximado de 15g), consideradas pelo Tribunal a quo para afastar a possibilidade de iniciar o cumprimento da pena em regime mais brando, impõe-se a fixação do regime inicial semiaberto, a teor do art. 33, § 3º, do Código Penal, c/c o art. 42 da Lei de Drogas.

7. Ante a declaração de inconstitucionalidade, pela Corte Suprema, da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no art. 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

8. Para tanto, devem ser preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal, não sendo possível negar a benesse com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime de tráfico, consoante hodierno entendimento dos tribunais superiores.

9. Como a condenação do paciente não transitou em julgado, cabe ao Tribunal de origem avaliar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois não procedeu, anteriormente, à análise dos elementos concretos constantes dos autos, à luz do preconizado no art. 44 do Código Penal.

10. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda e para determinar ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que verifique o eventual preenchimento, pelo paciente, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, consoante o disposto no art.

44 do CP.

(HC 315.517/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015).

Diante do exposto, não conheço do presente *habeas corpus*. Todavia, concedo a ordem de ofício para fixar o regime prisional semiaberto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0284548-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 340.910 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00005104820128260404 102013 5104820128260404 542012

EM MESA

JULGADO: 16/02/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO FERREIRA LEITE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RODRIGO ANTONIO ALVES
ADVOGADO : RODRIGO ANTÔNIO ALVES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANDERSON DOS SANTOS (PRESO)

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.