

**HABEAS CORPUS Nº 479.521 - SP (2018/0306466-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUCIA THOME REINERT - SP291112  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : A B DE O (PRESO)

**DECISÃO**

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de A B DE O contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido na Apelação n. 0000218-43.2017.8.26.0548.

Infere-se dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 213, § 1º, c/c o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal – CP (tentativa de estupro qualificado), à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicial fechado.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, o qual deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena do paciente para 4 anos de reclusão, em acórdão assim ementado:

*Apelação criminal. Estupro. Autoria e materialidade demonstradas nos autos. Negativa vaga, frontalmente desmentida pelos demais elementos de convicção. Valorização que se confere à palavra da vítima, sobretudo quando corroborada por outras provas. Inviabilidade de desclassificação para a conduta prevista no art. 61 da LCP, diante da prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena que comporta readequação em favor do réu em face do reconhecimento da tentativa. Regime fechado mantido diante da hediondez. Apelo defensivo parcialmente provido (fl. 14).*

Na presente impetração, a impetrante sustenta que o regime fechado foi fixado indevidamente com base na gravidade abstrata e hediondez do delito.

Invoca os Enunciados sumulares n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal – STF e o n. 440 desta Corte Superior de Justiça.

Requer, assim, em liminar e no mérito, o estabelecimento do regime inicial aberto.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 90/91).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 96/98).

É o relatório.

Decido.

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto.

O Juízo de primeiro grau condenou o paciente à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de estupro qualificado tentado. A Corte estadual, por sua vez, deu provimento ao apelo da defesa, para reduzir a pena do paciente para 4 anos de reclusão, mantendo o regime fechado, sob os seguintes fundamentos:

*Mantida a condenação nos termos da r. sentença recorrida, que acolheu integralmente a denúncia por estupro tentado, a dosimetria da reprimenda comporta pequeno reparo.*

*A pena-base foi fixada no mínimo legal de 08 anos de reclusão.*

*Na segunda etapa, ausentes atenuantes e agravantes.*

*Na terceira fase, uma vez que reconhecida a tentativa, diante do iter criminis apurado durante a instrução, a pena fica reduzida em 1/2, suficiente para reprovação e prevenção da conduta do réu, perfazendo, ao final, 04 anos de reclusão.*

***Em face da hediondez e "ainda em razão da gravidade do crime, havendo indícios de que o réu atacou outras crianças, revelando periculosidade", fica mantido o regime fechado (fl. 21).***

Sobre o tema, firmou-se neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o

enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os Enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do col. STF, *verbis*:

Súmula 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."*

Súmula 718/STF: *"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."*

Súmula 719/STF: *"A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."*

Na hipótese dos autos, embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis e o paciente seja primário, não olvidando que a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 4 anos de reclusão, a Corte estadual ressaltou a gravidade concreta do crime, que foi cometido mediante a abordagem de três adolescente, dentre eles a vítima que contava com 17 anos, oferecendo-lhes dinheiro para a prática de atos libidinoso diverso da conjunção carnal, tendo apalpado a nádega da vítima e rasgado sua camiseta, quando esta resistiu (fl. 19), que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do acusado, justificando o regime prisional mais gravoso, mas que no caso é o **semiaberto**, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do CP, e em consonância com a jurisprudência desta Turma.

Ressalto que, mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.

No mesmo sentido:

**AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. CRIME SEXUAL. ART. 312 DO CÓDIGO PENAL. ESTUPRO TENTADO. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS IDÔNEOS A JUSTIFICAR A DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME MAIS GRAVOSO. ADOÇÃO DAS RAZÕES DO PARECER MINISTERIAL. NOME POR**

**EXTENSO DO PACIENTE. INAPLICAÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM. SEGREDO DE JUSTIÇA MANTIDO.**

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, 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, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, a hediondez de um delito não é fundamento válido a permitir o regime mais gravoso.

2. Ausente fundamentação idônea, há de se afastar o regime inicial fechado, entretanto, as circunstâncias negativas valoradas pelo 1º Grau - **maus antecedentes, modus operandi, personalidade e conseqüências** - **desaconselham o regime mais brando, de forma que deve ser estabelecido o regime inicial semiaberto, a teor do § 3º do art. 33 do Código Penal.**

3. No julgamento da Questão de Ordem no HC n. 297.684/PR, a Sexta Turma desta Corte Superior concluiu no sentido de que a norma de segredo de justiça do art. 234-B do Código Penal abrange também o acusado da prática de crimes sexuais, devendo constar da autuação apenas as suas iniciais (DJe 10/11/2014).

4. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 345.673/PI, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017)

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE ESTUPRO. ART. 213, C/C O ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 3 DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO A ENSEJAR A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, 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, afastando, dessa

*forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.*

*- Nos 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. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.*

*- Hipótese em que, apesar da fixação da pena-base no mínimo legal, o fato de a fração redutora da tentativa não ter sido aplicada em seu grau máximo, por ter o acórdão recorrido destacado que a vítima da tentativa de estupro estava com a blusa rasgada, a calcinha abaixada até os joelhos e com bastante sangue na boca, aponta a gravidade concreta do delito, a ensejar uma maior repressão estatal, de modo que, na espécie, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, cabível o regime inicial semiaberto.*

*- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para modificar o regime de cumprimento da pena para o inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal (HC 363.699/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 08/11/2016).*

**HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. REGIME FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.**

*Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, porém ressalta a possibilidade de concessão da ordem de ofício se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente, o que não é o caso dos autos.*

*Embora a pena não tenha ultrapassado 8 (oito) anos de reclusão, o regime inicial fechado encontra-se justificado na gravidade concreta do delito, evidenciada pelo seu modus operandi e ousadia do paciente, que, inclusive, apontou a arma de fogo para uma das vítimas, causando-lhe maior risco efetivo.*

*Mesmo nas hipóteses de pena-base no mínimo legal, é possível agravar somente o aspecto qualitativo da reprimenda (regime) para se chegar a uma resposta suficiente à reprovação e à prevenção do delito.*

*Habeas corpus não conhecido (HC 354.403/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 17/06/2016).*

Ante o exposto, não conheço do presente *habeas corpus*, mas concedo a

ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda do paciente, mantendo-se os demais termos do édito condenatório.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 19 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

