HABEAS CORPUS Nº 501.086 - SP (2019/0088065-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE	:	DOUGLAS BLUM LIMA
ADVOGADO	:	DOUGLAS BLUM LIMA - SP242199
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	:	L F DE J (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de L F DE J contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 8 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal):

> *[...] Na primeira fase, ausentes circunstâncias judicias desfavoráveis do art. 59 do CP, fixo a pena base no mínimo legal, restando em 08 (oito) anos de reclusão.*
>
> *Na segunda fase não ocorrem agravantes, presente a atenuante da confissão espontânea, porém inaplicável posto que a pena já está fixada no mínimo legal (Súmula 231 do STJ).*
>
> *Na terceira fase não incidem causas de aumento nem de diminuição. Fica afastado o pleito ministerial de incidência do art. 09 da Lei 8072/1990, pois com o advento da Lei. 12.015/209 os delitos de estupro e atentado violento ao pudor praticado contra menor de 14 anos passaram a ser regulados pelo novo tipo pena! denominado estupro de vulnerável, previsto pelo art. 217-A do Código Penal, não sendo mais admissível a aplicação do art. 9 da Lei 8072/90, sob pena de se incidir em "bis in idem".*
>
> *Portanto, resulta a pena definitiva em 8 (oito) anos de reclusão.*
>
> *Em virtude da quantidade de pena, da gravidade concreta do caso e por se tratar de crime hediondo, a teor do disposto no artigo 2º, § Iº, da Lei n° 8.072/1990, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento de pena [...]* (fl. 18).

Na Apelação Criminal n. 0024862-45.2012.8.26.0477, interposta pela defesa, o Tribunal *a quo* manteve a condenação, sem se manifestar sobre o regime prisional:

> *[...] Portanto, tem-se que a sentença é irretocável, quer no*

que se refere à procedência, quer no que tange ao cálculo da pena.

No tocante a primeira fase de dosimetria da pena, ausentes circunstâncias desfavoráveis do artigo 59 do CP, o magistrado fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, 08 anos de reclusão.

Na segunda fase, não havendo agravante a ser reconhecida, a atenuante da menoridade deixou de produzir efeito consoante enunciado da Súmula 231 do STJ.

Na derradeira etapa, não incidiram causas de aumento e nem de diminuição, tornando-se a pena definitiva em 08 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Diante de tais considerações, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se a r. sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos (fl. 24).

Buscando a fixação do regime inicial semiaberto, a defesa impetrou o HC n. 2055389-72.2019.8.26.0000, o qual foi indeferido liminarmente pelo Tribunal de origem:

[...] a via eleita não se presta a discussão do decreto condenatório, salvo em hipóteses excepcionais em que configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, o que não se evidencia no presente caso.

[...]

Demais disso, existindo recurso específico ou ação revisional para reclamar o direito aqui buscado, descabe lançar mão do uso do Habeas Corpus como substituto recursal, sob pena de subversão a toda sistemática processual, o que implica, inclusive, no desprestígio à razoável duração do processo, eis que coloca o Poder Judiciário a analisar situações distintas daquela reservada constitucionalmente à relevante natureza do Habeas Corpus.

[...]

De mais a mais, cumpre registrar que o regime inicial de cumprimento de pena foi fixado em virtude da hediondez e das circunstâncias do delito, cometido contra pessoa de tenra idade (pouco mais de 12 anos), não havendo que se falar, portanto, em constrangimento ilegal.

Portanto, tendo em vista que o writ apresenta estreito âmbito de cognição e, não havendo, no caso, ilegalidade manifesta, de rigor, o indeferimento liminar do presente remédio constitucional.

[...] (fls. 33/35).

No presente *writ*, o impetrante requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime inicial semiaberto, tendo em vista o *quantum* de pena, a primariedade do paciente e a inexistência de circunstância judicial desfavorável.

O pedido liminar foi deferido às fls. 39/41 para fixar o regime inicial semiaberto.

Prestadas as informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* (fls. 44/47).

É o relatório.

Decido.

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. 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 semiaberto para cumprimento da pena.

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, 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 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 n. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *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."*

No caso dos autos, os fragmentos transcritos no relatório e o exame dos autos revelam que após fixar a pena-base ao mínimo legal, por considerar favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, as instâncias ordinárias deixaram de consignar em que medida a ação delitiva do paciente teria transbordado para um comportamento mais grave, ensejando, assim, a necessidade de fixação de regime mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, "*b*", do CP.

Dessarte, seguindo o entendimento firmado por este Tribunal, a mera referência genérica, pelas instâncias ordinárias, à gravidade abstrata do delito, não constitui motivação suficiente, por si só, para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, porquanto refere-se à situação já prevista no próprio tipo.

Desse modo, reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva de 4 anos e 8 meses de reclusão, cabível a imposição do regime semiaberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

A propósito, confiram-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ***ESTUPRO DE VULNERÁVEL.*** *REGIME PRISIONAL FECHADO HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA APLICADA SUPERIOR A 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE A 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

[...]

3. ***No caso, o paciente é primário, condenado a pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal, razão pela qual faz jus a regime inicial semiaberto.***

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto (HC 355.997/SP, Rel. Ministro

REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/06/2016).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ***ESTUPRO***. ***REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO.*** *CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DETRAÇÃO DO TEMPO DE PRISÃO CAUTELAR. NECESSIDADE. ART. 387, § 2º, DO CPP. 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 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 - 6 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, a priori, o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena e determinar ao Juízo da Execução que aprecie a possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar para a alteração do regime imposto (HC 321.026/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/11/2015).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. DIREITO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TESE DE AUSÊNCIA DE PROVAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. REGIME PRISIONAL FECHADO FIXADO COM BASE APENAS NA VEDAÇÃO LEGAL. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1.º DO ART. 2.º DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º

11.464/2007, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE ALVITRADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. O Plenário da Suprema Corte, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

6. ***Na espécie, o regime inicial fechado foi fixado com fundamento, unicamente, na vedação legal e na gravidade abstrata do delito, daí porque impõe-se o afastamento do regime mais gravoso.***

7. Incidem, in casu, as regras previstas no art. 33, § 2.º, alínea b, e § 3.º do Código Penal, as quais dispõem, respectivamente, que "o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto" e que "[a] determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código".

8. ***Tendo em vista tratar-se de Paciente condenado à sanção definitiva de 08 (oito) anos de reclusão, primário, de bons antecedentes, que teve a pena-base fixada no mínimo legal, consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, faz ele jus ao regime prisional inicial semiaberto.***

9. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício para, mantida a condenação, fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena privativa de liberdade (HC 285.601/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 30/04/2014).

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena, confirmando a liminar deferida.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator