

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.526 - SP (2019/0287376-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : ROLDAO VALVERDE
ADVOGADO : ROLDÃO VALVERDE - SP041338
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ROGERIO RODRIGUES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

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

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (e-STJ, fls. 23-24).

Em sede recursal, o Colegiado de origem negou provimento ao apelo defensivo, mantendo a sentença condenatória por seus próprios fundamentos. O aresto restou assim ementado:

“JÚRI - Homicídio simples tentado - Súmula nº 713 do C. STF.

Revisão imitada ao objeto do recurso - Opção dos jurados por uma das versões do fato - Condenação mantida.

PENAS e REGIME DE CUMPRIMENTO - Base no mínimo – Conatus.

Fração proporcional ao iter criminis percorrido (1/3) – Regime inicial semiaberto – Apelo desprovido.” (e-STJ, fl. 16).

Neste *writ*, o impetrante alega ofensa às Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF e ressalta que “a simples capitulação do crime como grave não justifica o estabelecimento de regime mais gravosos para cumprimento da sanção, desprezando-se as circunstâncias pessoais do agente do delito e o *quantum* da reprimenda” (e-STJ, fls. 6-7).

Aduz estarem preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, razão pela qual deve ser substituída a pena corporal por restritivas de direitos.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação ao paciente do regime aberto para o desconto da reprimenda, bem como sua substituição por penas restritivas de direitos.

Indeferida a liminar (e-STJ, fl. 28), o Ministério Público Federal opinou pela concessão parcial da ordem (e-STJ, fls. 31-33).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência

Superior Tribunal de Justiça

de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão ora impugnado, respectivamente:

"[...] Na primeira etapa, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não conduzem à exasperação, observada a Súmula 231 do STJ. Deixo de reconhecer a única anotação da qual consta a existência de trânsito em julgado para as partes (fl. 36, apenso próprio), porque se trata de condenação definitiva pela prática de contravenção penal. Ora, se nos termos do art. 63 do CP, ela não pode ser considerada para o efeito de reincidência, com mais razão também não pode operar o efeito de mau antecedente para o fim de exasperar a pena, por conta do elástico tempo transcorrido entre o trânsito em julgado e a presente data.

Na segunda fase, inexistem agravantes e atenuantes; na terceira, não há causas de aumento de pena. Delineia-se, por outro lado, a causa genérica de diminuição de pena relativamente à tentativa. Muito embora tenha se tratado de conduta unissubsistente, praticada por um único ato, tratou-se de tentativa cruenta, que incrementou o grau de desvalor concreto do resultado, à medida que o laudo de exame pericial concluiu que "a vítima sofreu lesões de natureza grave, pelo perigo de vida devido a perfuração gástrica intestinal" (fl. 24). Esse motivo justifica a diminuição da pena no mínimo legal, a saber, 1/3, o que redundará na fixação da pena definitiva de 4 anos de reclusão. O regime inicial de cumprimento de pena será o semiaberto, malgrado o patamar sancionatório, por conta de aventado incremento do desvalor do resultado, a teor do art. 33, § 3º, do CP.

Em face do exposto, julga-se procedente a ação penal para condenar Rogério Rodrigues, qualificado à fl. 7, no cumprimento de 4 anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, por infração ao artigo 121, caput, c.c. o art. 14, II, ambos do Código Penal.

O emprego de violência desautoriza a conversão em penas alternativas, nos termos do art. 44, I, CP, ao passo que o patamar de pena impede o sursis, à luz do art. 77, I, CP." (**e-STJ, fls. 23-24**).

"[...] Passa-se à dosimetria da pena.

A base foi fixada no patamar de 06 (seis) anos de reclusão; sem alterações na segunda etapa.

Na derradeira fase, considerado o *iter criminis* percorrido que muito se aproximou da consumação, a pena foi reduzida na fração mínima de 1/3 (um terço), resultando definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão.

O regime inicial semiaberto foi corretamente fixado (CP, artigo 33, §§ 2º e 3º), restando inviável prisão domiciliar." (**e-STJ, fls. 18-19**).

Quanto ao regime prisional, de acordo com a 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". De igual modo, as Súmulas 718 e 719/STF, prelecionam, respectivamente, que "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

Superior Tribunal de Justiça

aplicada" e "a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

No caso dos autos, o regime prisional semiaberto carece de amparo legal e fático.

Com efeito, malgrado a fixação da pena-base no mínimo legal e a primariedade do réu não conduzam, necessariamente, à fixação do regime prisional menos severo, os fundamentos genéricos utilizados pelas instâncias ordinárias não constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso que o estabelecido em lei (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal).

A seguir, ementas de acórdãos desta Corte versando a respeito da matéria e que respaldam essa solução:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO. CAUSAS DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 3/8. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal - STF, esta Corte não admite *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente.

2. Na segunda fase da dosimetria, a pena foi aumentada em 3/8, exclusivamente com fundamento no número de majorantes (art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal), em desrespeito ao enunciado n. 443 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

3. É firme 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. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: 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.

4. Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 8 anos 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.

Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir, à fração de 1/3, o aumento da pena do paciente, decorrente das majorantes do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, e fixar o regime inicial semiaberto." (HC 381.782/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 24/2/2017, grifou-se);

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

Superior Tribunal de Justiça

ROUBO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DE RECLUSÃO DE 4 ANOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. ENUNCIADOS N. 440 DA SÚMULA DO STJ E N. 718 E 719 DA SÚMULA DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, 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.

- **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 n. 440 da Súmula do STJ) e, no mesmo sentido, os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF.**

- No caso dos autos, após a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, em razão da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e a pena final ter sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime inicial mais gravoso foi fixado sem fundamentação idônea, baseada apenas em elementos inerentes ao próprio tipo penal, e no fato de o paciente estar preso por outro processo, ainda em curso, fundamento igualmente inidôneo. Incidem, ao caso, assim, os referidos enunciados sumulares.

- *Habeas corpus* não conhecido. Concessão da ordem, de ofício, para fixar regime inicial aberto." (HC 381.444/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/2/2017, DJe 21/2/2017, grifou-se).

Por certo, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta pena de 4 anos de reclusão e cujas circunstâncias judiciais foram favoravelmente valoradas, sem que nada de concreto tenha sido consignado de modo a justificar o recrudescimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional aberto para o início do desconto da reprimenda imposta ao paciente.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator