

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 517.106 - SP (2019/0180453-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : ISADORA AMENDOLA E OUTRO
ADVOGADOS : ISADORA AMÊNDOLA - SP376081
RAFAEL LANFRANCHI PEREIRA - SP402466
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AILTON SOARES (PRESO)
OUTRO NOME : ILTON SOARES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/15) com pedido liminar impetrado em benefício de ILTON SOARES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0033095-67.2013.8.26.0001 - fls. 459/476).

Depreende-se dos autos que o Tribunal do Júri condenou o ora paciente a cumprir a pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime prisional inicial fechado, como incurso no art. 121, *caput*, do Código Penal (fls. 367/369).

Irresignada, a defesa interpôs apelação criminal, na Corte de origem, que negou provimento ao recurso, em acórdão assim ementado:

"Apelação. Homicídio. Júri. Preliminares. Réu indefeso. Indeferimento de oitiva de testemunha em Plenário arrolada intempestivamente. Erro na elaboração de quesito. Inocorrência. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Jurados que optaram pela tese da acusação, afastando as teses defensivas. Veredito alicerçado em elementos probatórios carreados aos autos, pena e regime estabelecidos com acerto. Recurso desprovido." (fl. 467).

No presente *mandamus*, os impetrantes informam que o paciente teve sua pena acrescida, na primeira fase da dosimetria, pela suposta 'condição da vítima de ser deficiente visual e obesa', bem como agravada, na segunda fase, por ser o ofendido maior de 60 anos. Alegam que ambos os fundamentos são relativos à mesma agravante, descrita no art. 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal,

Superior Tribunal de Justiça

configurando verdadeiro *bis in idem* a sua dupla consideração em etapas distintas da dosimetria.

Argumentam que a agravante descrita no art. 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal, tem seu fundamento porque a qualidade da vítima afasta a possibilidade de uma efetiva reação à ação criminosa e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de produção do resultado delitivo, o que serve tanto para a senilidade, quanto para a enfermidade ou gravidez.

Em caráter subsidiário, sustentam que, nas decisões das instâncias ordinárias, não houve nenhuma informação sobre qual circunstância judicial permitiu o acréscimo da pena do paciente em 1/6 sobre o mínimo legal, na primeira fase da dosimetria, de maneira que a reprimenda foi elevada de forma genérica e sem possibilitar a amplitude de defesa.

Assevera que, com a correção da pena final do paciente, será possível a readequação do seu regime prisional inicial para a modalidade intermediária.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, seja a ordem concedida para reduzir a reprimenda do paciente e abrandar a sua modalidade de cumprimento.

A liminar foi indeferida, às fls. 586/587.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *habeas corpus* (fls. 590/594).

É o relatório.

Decido.

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

Superior Tribunal de Justiça

No presente writ, os impetrantes sustentam haver constrangimento ilegal na dosimetria realizada pelas instâncias ordinárias, ao fundamento de que houve o vedado *"bis in idem no acréscimo operado na primeira e segunda fases da dosimetria da pena do paciente, que considerou a cegueira e obesidade na primeira fase e a senilidade na segunda, sem se atentar, contudo, que todas estão descritas no art. 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal, como causas agravantes"* (fl. 12).

Argumenta, ademais, que *"não houve nenhuma informação sobre qual circunstância judicial permitiu o acréscimo da pena, em um sexto, na primeira fase da dosimetria, elevando-a de forma evidentemente genérica e sem possibilitar o exercício da defesa em sua amplitude constitucionalmente garantida"* (fl. 12).

Uma vez reduzida a pena-base, aponta ser cabível a aplicação do regime inicial semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.

Para a adequada delimitação das teses defensivas, colaciono os excertos seguintes dos títulos judiciais das instâncias ordinárias:

"Passo, pois, à aplicação da pena.

À luz do disposto no artigo 59 do Código Penal, não obstante a primariedade do réu, imperioso serem tecidas algumas considerações. No caso sub judice, anote-se a condição da vítima de ser deficiente visual e obesa, conforme narra o próprio acusado em seu interrogatório, bem como indicam outros documentos do presente feito, pelo que fixo a pena base em 1/6 acima do mínimo legal, ou seja, em 7 (sete) anos de reclusão, visto que tais aspectos por certo facilitaram a conduta do réu, diante da menor possibilidade de o ofendido de oferecer resistência. Na segunda fase, imperiosa também a incidência das agravantes decorrentes de a vítima ser genitor do réu e maior de sessenta anos, nos termos do artigo 61, inciso II, alíneas e e h, da legislação penal, observado que consignado nesta sessão plenária pelo próprio acusado a respeito de tais circunstâncias, bem como pugnado pelo pelo parquet suas incidências. Por conseguinte, majoro a pena em

Superior Tribunal de Justiça

1/3 para fixá-la nesta etapa em 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão; pena que se torna definitiva, em razão da ausência de outras circunstâncias que a modifique, em especial, na terceira fase.

Nos termos do disposto no artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal, considerada a sanção imposta e a gravidade dos fatos em apuração, se entende pela adequação do regime FECHADO para início do cumprimento de pena, único proporcional ao crime neste feito." (fl. 368)

"A pena, bem dosada e fundamentada, não comporta alteração.

Na primeira fase, a pena-base foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão, em razão das condições pessoais da vítima, que era deficiente visual e obesa.

Na segunda etapa, incidiu o acréscimo de 1/3, em razão das agravantes do artigo 61, inciso II, alíneas 'e' (a vítima era o genitor do réu) e 'h' (ofendido idoso), perfazendo 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Tendo o réu respondido ao processo em liberdade, deixa-se de aplicar o disposto no artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal.

Mantém-se o regime inicial mais gravoso, em vista da quantidade de pena e da circunstância judicial desfavorável (artigo 33, § 2º, 'a' e § 3º do Código Penal).

Pelos mesmos motivos, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, assim, como o sursis (artigo 44, I e II, e 77, caput, e inciso II, ambos do Código Penal." (fls. 475/476).

A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

Nesse contexto, a exasperação da pena-base deve estar fundamentada em dados concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

Superior Tribunal de Justiça

A ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade vinculada, devendo o Direito pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. Precedentes: AgRg no HC n. 355.362/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe 1/8/2016; HC n. 332.155/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 3/5/2016, DJe 10/5/2016; HC n. 251.417/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015; HC n. 234.428/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 1/4/2014, DJe 10/4/2014.

Entretanto, salienta-se que o entendimento desta Corte firmou-se também no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6, para cada circunstância judicial negativa.

O aumento de pena superior a esse *quantum*, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA USUAL FRAÇÃO DE 1/6. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO DELITO. MANIFESTAÇÃO QUE NÃO FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545/STJ. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ENUNCIADO N. 443 DA SÚMULA DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

Superior Tribunal de Justiça

ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A revisão da dosimetria da pena, na via do habeas corpus, somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC 304083/PR, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).

- A exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal.

- Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que firmou-se em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, a exasperação superior à referida fração, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. Precedentes.

- No caso, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 pelos maus antecedentes, tendo sido considerada a existência de apenas uma condenação anterior transitada em julgado, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.

[...]

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas impostas ao paciente, quanto ao delito de roubo, para 7 anos, 5 meses e 25 dias de reclusão e, quanto ao delito de corrupção de menores, de 1 ano, 4 meses e 10 dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação. (HC 403.338/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 24/10/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO

Superior Tribunal de Justiça

PROCESSO. ART. 344 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES, PRESENÇA DE TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS DISTINTAS. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE AUMENTO NA PRIMEIRA FASE. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior admite a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem.

2. Considerando a existência de três condenações transitadas em julgado não valoradas na segunda etapa da dosimetria a título de reincidência, não se vislumbra ilegalidade na exasperação da pena-base pelos maus antecedentes da ré.

3. Ocorre que o aumento determinado pela instância ordinária a título de maus antecedentes, ainda que levado em consideração tratar-se de três condenações, mostra-se desproporcional. Note-se que, muito embora a lei não estabeleça o patamar mínimo e o máximo para incidência de cada circunstância judicial, sedimentou-se nesta Corte Superior de Justiça a orientação de que o acréscimo superior a 1/6 (um sexto) para cada circunstância judicial desfavorável deve ser devidamente justificado.

4. Assim, havendo três condenações para caracterização dos maus antecedentes, está autorizada a fixação da pena-base em patamar acima do mínimo, mostrando-se adequado e suficiente para reprovação e prevenção do delito o acréscimo em 1/2 (metade) na pena-base pelo reconhecimento dos maus antecedentes (três condenações transitadas).

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1116974/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 01/9/2017).

Na hipótese, a pena-base do paciente, foi exasperada com fundamento concreto: a vítima do homicídio tinha condição mais vulnerável e menos possibilidade de se defender, por ser obesa e deficiente visual.

Na segunda etapa dosimétrica, a reprimenda do paciente foi elevada, ainda, porque o ofendido era seu genitor e por ser ele pessoa maior de 60

anos de idade, com base, portanto, no art. 61, inciso II, alíneas 'e' e 'h', do Código Penal.

De plano, verifica-se ilegalidade em parte da motivação empregada para elevar a pena do paciente, consistente na dupla consideração da sua condição de pessoa vulnerável.

Realmente, a incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, 'h' (contra criança, **maior de 60 anos, enfermo** ou mulher grávida), do Código Penal, relaciona-se a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo, a ensejar maior reprovabilidade à ação criminosa que lhe viola a integridade física, moral ou psicológica.

Acerca da vulnerabilidade como critério a ser considerado na incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, 'h', do Código Penal, segue a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LATROCÍNIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. DOSIMETRIA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DE UM DOS PACIENTES UTILIZADA COMO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 545 DESTA CORTE. AGRAVANTE DO ART. 61, 'H', DO CP (CRIME CONTRA IDOSO). NÃO INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO DELITO DESCRITO NO ART. 211 DO CP. CRIME VAGO. AGRAVANTE AFASTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

- A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, 'h' (contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida), do Código Penal relaciona-se a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo, a ensejar maior reprovabilidade à ação criminosa que lhes viola a integridade física, moral ou psicológica.

[...] (HC 389.187/RJ, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe 5/5/2017).

HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. FÉ PÚBLICA. BEM JURÍDICO TUTELADO. ESTADO, PESSOA JURÍDICA DIVERSA OU PESSOA FÍSICA. VÍTIMAS. PREJUÍZO NOTÓRIO. AGRAVANTES. ARTS. 61, INCISO II, ALÍNEAS 'E' e 'H', TAMBÉM DO CP. CRIME PRATICADO CONTRA ASCENDENTE MAIOR DE 60 ANOS. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

[...]

No caso de se praticar um crime contra criança, maior de 60 anos, enfermo ou mulher grávida, a norma, claramente, visou a proteger aquele que é naturalmente mais vulnerável, punindo, com maior rigor, o agente do delito.

[...]

Habeas Corpus não conhecido. (HC 211.052/RO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 5/6/2014, DJe 15/9/2014)

HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA ESTABELECIDO NO § 4.º DO ART. 121. MATÉRIA JÁ ANALISADA NOS AUTOS DO HC. N.º 108.960/SP. PEDIDO PREJUDICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. SUJEITO PASSIVO: COLETIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DESCRITA NO ARTIGO 61, ALÍNEA H, DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PREJUDICADO E, NO MAIS, CONCEDIDA A ORDEM.

[...]

2. A incidência da agravante estabelecida no art. 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal está relacionada a uma maior vulnerabilidade do sujeito passivo, ou seja, há uma punição diferenciada a quem fere interesse ou bem jurídico de mulher grávida, menor de idade ou de pessoa idosa. Antes do Estatuto do Idoso, a lei penal trazia a terminologia 'velho' (critério biológico) e, após, passou a usar 'idoso' (critério cronológico), no entanto, o bem jurídico tutelado sempre foi o mesmo, modificando-se tão somente o vocábulo para estabelecer elemento de caráter objetivo (60 anos).

Superior Tribunal de Justiça

[...] (HC 145.928/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 17/5/2011).

No caso, foi justamente essa condição mais vulnerável - de enfermidade - da vítima, em particular, de deficiência visual e obesidade, que justificou o aumento da pena-base, tendo, ainda, sob o título da idade avançada do ofendido, a vulnerabilidade do sujeito levado à elevação de sua pena, na segunda fase da dosimetria, em indevido *bis in idem*. Essa dupla valoração deve ser corrigida, extirpando-se o incremento punitivo aplicado sobre a pena-base.

No mesmo sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, RECEPÇÃO E ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INDICAÇÃO DE FATOS QUE DEMONSTRAM ESPECIAL GRAVIDADE. EXASPERAÇÃO DEVIDA. CONDUTA SOCIAL. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA. MENÇÃO GENÉRICA A ASPECTOS DESABONADORES. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. FATOR INERENTE AOS DELITOS PATRIMONIAIS. UTILIZAÇÃO DE UMA MESMA CIRCUNSTÂNCIA PARA AUMENTAR A PENA EM DUAS FASES. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. SEGUNDA FASE. AUMENTO DE 1/6 PELA PRESENÇA DE UMA AGRAVANTE E SUPERIOR A 1/6 PELA PRESENÇA DE DUAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. IMPOSIÇÃO DE REGIME INTEGRAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF (HC 82.959/SP). ÓBICE À PROGRESSÃO DE REGIME AFASTADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

[...]

5. O fato de o réu sequestrar pessoa idosa e enferma não se presta a justificar a exasperação da pena-base, tendo em vista a aplicação da agravante do art. 61, II, 'h', do CP (São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida), sob pena de bis in idem.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido. Concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 23 anos, 6 meses e 26 dias de reclusão e 47 dias-multa, fixando o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva. (HC 57.488/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 4/12/2014, DJe 17/12/2014)

PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE. MAJORAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE O CRIME SER PRATICADO CONTRA ENFERMO. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL E CAUSA DE AUMENTO DE PENA. BIS IN IDEM CARACTERIZADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. ANÁLISE PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal deve estar apoiada em elementos concretos que permitam a valoração negativa de, ao menos, alguma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal.

4. Considerações vagas, desvinculadas de dados concretos, a respeito da culpabilidade são insuficientes para justificar a elevação da pena além do mínimo legal.

5. **Implica violação à regra legal contida nos arts. 59 e 68 do Código Penal a consideração dos mesmos fatos para aumentar a pena-base, em razão da doença da vítima, e agravar a reprimenda pela causa especial de aumento de pena descrita no art. 61, II, 'h', do CP.**

6. Ordem parcialmente concedida para anular o acórdão e a sentença impugnados no tocante à dosimetria e, assim, redimensionar a pena do paciente, fixando-a em 3 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 15 dias-multa. (HC 111.924/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, julgado em 23/6/2009, DJe 3/11/2009)

Assim, devolvendo a pena-base do paciente ao mínimo legal e mantidos os demais critérios da dosimetria procedida na origem, a sua nova

reprimenda final resulta no patamar de 8 anos de reclusão.

No que concerne ao regime de cumprimento de pena, ora reconhecidas as circunstâncias judiciais todas favoráveis e a primariedade do acusado - cuja reprimenda definitiva foi fixada em 8 (oito) anos de reclusão -, cabível a imposição do regime inicial semiaberto para o cumprimento da sanção corporal, ante a inexistência de motivação concreta que justifique o regime mais gravoso. Incidência do art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal.

Sobre o tema:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. REGIME PRISIONAL FECHADO. HEDIONDEZ DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PENA APLICADA SUPERIOR À 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE À 8 (OITO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

III - Na hipótese, constata-se que o regime fechado foi determinado somente com base na hediondez do crime, não sendo apresentado fundamento concreto para a imposição do regime mais gravoso, existindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. Desse modo, sendo o paciente primário e fixada a pena-base em seu mínimo legal, uma vez que favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o regime inicial semiaberto se mostra o mais adequado para o resgate da reprimenda, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Precedentes.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para fixar o regime intermediário (semiaberto), para o início do desconto da reprimenda, mantidos os demais termos da condenação. (HC 442.140/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 3/5/2018, DJe 8/5/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE

Superior Tribunal de Justiça

RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO, AINDA QUE PARCIAL, UTILIZADA COMO ELEMENTO DE CONVICÇÃO PARA A CONDENAÇÃO. 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.

[...]

4. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, assentou que *inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, § § 2º e 3º, do Código Penal.*

5. 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 ao regime inicial semiaberto.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença e fixar o regime semiaberto. (HC 325.078/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/5/2017, DJe 31/5/2017)

Ante o exposto, **não conheço** do habeas corpus.

Todavia, **concedo a ordem, de ofício**, para reduzir a pena definitiva do paciente ao novo patamar de 8 anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator