



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 905476 - SP (2024/0128776-3)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : GIOVANNI COSTA SILVA
ADVOGADO : GIOVANNI COSTA SILVA - SP492162
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : F M L (PRESO)
OUTRO NOME : F M L M
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 **F M L** 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 fechado, e 1 mês de detenção, em regime aberto, como incurso, respectivamente, no art. 213, *caput*, e art. 150, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal (e-STJ, fls. 40-54).

Interposta apelação, a Corte Estadual deu parcial provimento ao recurso da defesa, para absolver o paciente do delito descrito no art. 150 do Código Penal, mantendo sua condenação pelo estupro tentado, bem como a pena a ele fixada. O aresto restou assim ementado:

“Estupro tentado e violação de domicílio - Pleito absolutório com relação a imputação prevista no artigo 213, *caput*, CP - Impossibilidade - Depoimentos coerentes e harmônicos prestados pela vítima e testemunhas inquiridas. Prova testemunhal que se ajustou aos demais elementos probatórios produzidos nos autos - Materialidade e autoria suficientemente comprovadas - Ausência de laudo pericial não exclui a tipificação do crime de estupro - Desclassificação para o crime de importunação sexual - Inadmissibilidade - Tentativa de conjunção carnal após o emprego de violência contra a vítima - Delito do art. 215-A do Código Penal é de subsidiariedade expressa e só tem lugar nos casos em que não há violência ou grave ameaça contra a vítima - Precedentes do STJ - Condenação mantida - Crime de violação de domicílio absorvido - Aplicação do princípio da consunção - Efeito devolutivo amplo da apelação - É permitido ao Tribunal conhecer de matéria não ventilada nas razões recursais, desde que não agrave a situação do condenado - Recurso defensivo parcialmente provido - Absolvição do apelante da imputação ao crime do art. 150, *caput*, do CP, mantendo-se, no mais, a r. sentença.” (e-STJ, fl. 17).

Neste *writ*, a defesa alega que o paciente faz jus ao regime mais brando, em razão da quantidade de pena imposta, bem como por ser primário e portador de bons antecedentes.

Aduz que a hediondez do delito e a gravidade abstrata da conduta não justificam o agravamento do regime prisional, sob pena de ofensa às Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, especialmente por lhe serem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

Requer, liminarmente e no mérito, a fixação ao paciente do regime aberto para o desconto da reprimenda que lhe foi imposta.

É o relatório.

Decido.

Esta Corte - HC 535.063, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior,

julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgRg no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, 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 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 do acórdão ora impugnado:

"[...] Segundo consta, o denunciado é vizinho das vítimas [J] e [A]. Na ocasião dos fatos, após [A] sair para o trabalho, o apelante invadiu a residência dos ofendidos, o que fez mediante escalada do muro e pela porta da cozinha. Já no interior do imóvel, abordou a filha do casal, a menor [M], que se vestia para ir à escola. O increpado passou a observá-la determinando que permanecesse em silêncio, ao mesmo tempo em que colocou a mão por dentro do zíper de sua jaqueta, fingindo segurar algo com o fim de intimidá-la. Após, questionou sobre o local do imóvel onde estaria sua mãe, ao que ela apontou para a direção do quarto.

O sentenciado se dirigiu ao cômodo apontado e encontrou a vítima [J], que dormia na companhia de seu filho de nove meses de idade.

[J], ao notar a presença do increpado, se levantou assustada e passou a gritar. O réu se aproximou e, com o pênis ereto, a agarrou pelos braços e tentou submetê-la a relações sexuais sem o seu consentimento.

Ocorre que [M] começou a gritar, dizendo que [A] estava chegando, ocasião em que o réu se evadiu pulando o muro do imóvel.

(...)

Portanto, do exame dos fatos e das provas amealhadas, de rigor a manutenção da condenação do sentenciado somente quanto ao crime de estupro tentado, absolvendo-o do crime de violação de domicílio.

Quanto à reprimenda, verifica-se que a aplicação da pena e respectivo regime inicial de cumprimento foram adequadamente fixados, de modo que sequer houve insurgência da defesa a este respeito.

Pena-base fixada no mínimo legal, ou seja, em 6 (seis) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, a reprimenda permaneceu inalterada.

Na terceira etapa, reconhecida a causa de diminuição de pena consistente na tentativa, sobreveio a redução na fração de 1/3, resultando em definitivo em 4 (quatro) anos de reclusão.

O regime inicial fechado foi adequadamente fixado, na medida em que é o único compatível com o caso concreto. A ousada ação criminosa se deu mediante violência contra a vítima, não bastasse a audácia do sentenciado, que pulou o muro de sua residência após se certificar da saída de [A] para o trabalho." (e-STJ, fls. 19-38).

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 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 fechado 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 pela Corte Estadual 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:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO TENTADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. *HABEAS CORPUS*. REGIME MAIS GRAVOSO. ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA FIXAR O REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA.

1. O julgamento monocrático realizado pela Presidência desta Corte Superior encontra previsão no art. 21-E, V, do RISTJ, que permite ao Presidente não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tiver impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida, inexistindo, porquanto, ofensa aos princípios do juiz natural ou da colegialidade (AgRg no AREsp n. 1.384.609/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 3/5/2019).

2. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior.

3. Impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício, diante da ilegalidade do acórdão impugnado no que tange ao regime de cumprimento de pena.

4. Em relação ao regime de cumprimento de pena, estabelecida a pena definitiva do acusado em menos de 4 anos de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário e sem antecedentes, não havendo qualquer outro elemento concreto a justificar o regime mais gravoso, o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito.

5. Agravo regimental não conhecido. *Habeas corpus* concedido de ofício para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena." (AgRg no AREsp n. 2.437.839/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 30/11/2023, DJe de 5/12/2023, grifou-se);

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 157, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA DE 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ.

2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (*in casu*, Súmula 518 do STJ), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ.

3. Todavia, impõe-se a concessão de *habeas corpus* de ofício, diante da ilegalidade do acórdão impugnado no que tange ao regime inicial para o cumprimento da pena.

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

5. 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 recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, §§ 2º, alínea "c", e 3º, do Código Penal, deve a reprimenda ser cumprida, desde logo, em regime aberto.

6. Agravo regimental desprovido. Concessão de *habeas corpus*, de ofício, a fim de fixar o regime prisional aberto para o desconto da reprimenda.” (AgRg no AREsp n. 2.408.704/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 23/10/2023, grifou-se).

Por certo, tratando-se de réu primário, ao qual foi imposta a 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 recrudesimento do meio prisional, por força do disposto no art. 33, § 2º, alínea "c", 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, 22 de maio de 2024.

Ministro Ribeiro Dantas
Relator