



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.096 - SP (2014/0185782-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **R W Z**
ADVOGADOS : **JANAINA CERIMELE ASSIS DEZAN**
JOSÉ CRISTOVÃO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE REAL DO AGRAVADO. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O entendimento esposado na decisão está em absoluta consonância com a jurisprudência consolidada dessa Corte Superior de Justiça.

II - Segundo o **Enunciado n. 440, da Súmula do 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.*"

III - No caso, não obstante as considerações firmadas na sentença e no acórdão e realçadas pelo agravante sejam relevantes, pois fazem referência à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com uma criança de 4 (quatro) anos de idade, **elas não desbordam do tipo de estupro de vulnerável**, tendo sido o agravado punido, na forma da lei penal, pela conduta que praticou.

IV - É indevida a utilização do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 para fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, uma vez que tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, razão pela qual, para crimes hediondos, como o do caso em tela, e não hediondos, aplica-se a regra geral, prevista no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de novembro de 2014 (Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.096 - SP (2014/0185782-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão proferida no presente recurso ordinário, a qual o proveu parcialmente para fixar ao recorrente o regime inicial semiaberto. Eis o inteiro teor:

*"Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, com pedido de liminar, interposto por R W Z, em face do v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.*

*Depreende-se dos autos que o recorrente teve sua prisão preventiva decretada, em 11 de janeiro de 2013, pela suposta prática da conduta vedada pelo **art. 217-A, do Código Penal**, por, supostamente, ter praticado ato libidinoso com criança, no período compreendido entre 19 e 22 de dezembro de 2012, tendo-lhe sido negado o direito de recorrer em liberdade.*

*Irresignada, a defesa impetrou **habeas corpus**, com pedido de liminar, perante o eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual foi indeferida a liminar e denegada a ordem em acórdão assim ementado:*

"HABEAS CORPUS - Estupro de vulnerável - Abrandamento do regime prisional - Desconstituição de julgado - Exame restrito a casos de flagrante ilegalidade ou ausência de fundamentação - Decisão devidamente motivada - Constrangimento não evidenciado - Existência de recurso adequado - Habeas Corpus que não deve ser manejado como substitutivo de recursos ordinários ou como sucedâneo de revisão criminal - Pena de se desvirtuar e amesquinhar a ação constitucional - Precedentes dos Tribunais Superiores. Apelar em liberdade - Paciente preso durante toda a instrução - Decisão motivada - Persistência dos motivos que ensejaram a custódia cautelar - Impossibilidade. Ordem denegada." (Fl. 91).

Daí o presente recurso ordinário, no qual aduz a existência de constrangimento ilegal, ante a inexistência de fundamentos para a manutenção da custódia cautelar, bem como ao argumento de que possui condições pessoais favoráveis à aplicação do regime semiaberto para o início do cumprimento de sua pena. Sustenta, ainda, o recorrente, ser o caso de flagrante ilegalidade, uma vez que r. sentença não fundamentou a fixação do regime mais gravoso.

Requer, ao final, seja concedida a ordem, para que possa iniciar o cumprimento da pena em regime semiaberto e aguardar o trânsito em julgado em liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A liminar foi indeferida às fls. 145-146.

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se, às fls. 153-155, pelo prejuízo do **habeas corpus**, ante à perda do objeto, em razão da superveniência do julgamento do recurso de apelação do recorrente.

É o relatório.

Decido.

O recurso está, em parte, prejudicado.

Isto porque, consoante informações da d. Subprocuradoria-Geral da República, às fls. 153-155, a apelação interposta pelo recorrente foi julgada parcialmente procedente pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mantendo-se a pena e o regime inicial aplicados na sentença, afastando-se apenas a indenização imposta.

Assim, o pedido de interposição de recurso em liberdade fica prejudicado, uma vez que em consulta ao sítio do Tribunal **a quo**, verifica-se que o acórdão transitou em julgado, tornando-se definitiva a pena imposta.

Portanto, **não conheço do recurso nesta parte.**

No que tange ao pedido de fixação do regime semiaberto, melhor sorte assiste ao recorrente, **devendo o recurso ser provido.**

Insta consignar, inicialmente, que a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o deferimento do regime semiaberto se dá desde que preenchidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, **b**, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Examinando os autos, verifica-se que os referidos requisitos foram atendidos. Trata-se de paciente primário. A quantidade da pena aplicada é de 8 (oito) anos de reclusão. Por fim, a pena-base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de quaisquer circunstâncias judiciais desfavoráveis ao paciente.

Diante desse contexto, forçoso reconhecer a ocorrência de flagrante ilegalidade, eis que não há razão para não conceder o regime semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto na r. sentença condenatória, no **punctum saliens** (fl. 26):

'(...)Ante a gravidade do delito e a repercussão deste no meio social, deverá a pena privativa de liberdade imposta ao réu ser cumprida, inicialmente, no regime fechado (...).'

O acórdão da apelação, cujo inteiro teor foi obtido no sítio do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, asseverou o que se segue quanto ao regime inicial de cumprimento de pena:

'(...)Conforme preliminarmente consignado, tal montante não viola o princípio da proporcionalidade, atentando-se à hediondez do delito, crime sexual perpetrado contra criança, em absoluto desprezo à sua vulnerabilidade, o que justifica a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposição de pena mais gravosa.

Tal característica, inclusive, impõe o regime carcerário fechado para início de desconto da reprimenda, decorrente tanto da periculosidade do acusado e de sua conduta, como de expressa previsão contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90(...)'.

Acerca do tema, mister colacionar alguns julgados proferidos pelo col. Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ARGUMENTOS NÃO EXAMINADOS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVA. CRIME HEDIONDO. RECURSO NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA O INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. PRECEDENTES. 1. Não se admite recurso ordinário em habeas corpus quando os fundamentos não foram apreciados pelo Tribunal de origem. 2. O habeas corpus constitui remédio processual inadequado para a análise de prova, o reexame do material probatório produzido, a reapreciação da matéria de fato e, também, a revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. 3. O crime de estupro, mesmo que praticado com violência presumida na sua forma simples, é hediondo. 4. ***A fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena, reportando-se somente à hediondez do delito, é contrária ao que decidido por este Supremo Tribunal no Habeas Corpus n. 111.840, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJ. 27.6.2012.*** 5. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para determinar ao juízo de 1º grau que reexamine, afastada a vedação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, a possibilidade de imposição ao Recorrente de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso, atendo-se ao previsto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

(RHC 117494, Segunda Turma, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-058 DIVULG 24-03-2014 PUBLIC 25-03-2014)

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO ACÓRDÃO IMPUGNADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ACUSAÇÃO. NÃO PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. ANÁLISE INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. ESTUPRO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 C/C ART. 224, A, DO CP, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI 12.015/2009. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER ABSOLUTO. PRECEDENTES. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONCEDIDA. 1. O acórdão impugnado não apreciou o fundamento relativo à inépcia da denúncia. Desse modo, qualquer juízo desta Corte sobre a matéria implicaria indevida supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. 2. Não cabe a esta Corte, em sede de habeas corpus, rever o preenchimento ou não dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial, competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça (CF, art. 105, III), salvo em hipótese de flagrante ilegalidade, o que não se verifica nos autos. Precedentes. 3. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou o caráter absoluto da presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima. Precedentes. 4. **Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. Dias Toffoli), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.** 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à análise do regime inicial de cumprimento da pena à luz do art. 33 do Código Penal.

(HC 111159, Segunda Turma, Relator(a): Min. Teori Zavascki, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-198 DIVULG 07-10-2013 PUBLIC 08-10-2013)

No mesmo sentido, os seguintes precedentes do **Superior Tribunal de Justiça**:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. (...)
2. (...)
3. (...)

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO CRIME. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA EM FACE DA EMBRIAGUEZ DO RÉU. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS PELA DEFESA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

1. (...)
2. (...)
3. (...)

ALEGADA CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ÉDITO REPRESSIVO QUE EXPRESSAMENTE FAZ MENÇÃO A DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. (...)

PENA. REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA A FORMA SEMIABERTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do artigo 59 do aludido diploma legal.

2. Não se admite a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso quando a pena-base é fixada no mínimo legal, e o acusado é primário e detentor de bons antecedentes. 3. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Na hipótese dos autos, o regime fechado foi firmado unicamente com base na reprovabilidade abstrata do tipo penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

(HC 279.641/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 18/06/2014)

HABEAS CORPUS. ANTIGO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE RECURSO ESPECIAL E DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRÂNSITO EM JULGADO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO UM SUPER RECURSO INOMINADO OU COMO UMA VERDADEIRA REVISÃO CRIMINAL. NÃO CONHECIMENTO. PARCIAL ILEGALIDADE RECONHECIDA. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO APENAS PARA FIXAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO. FIGURA TÍPICA. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO OCORRÊNCIA. NOVA TIPIFICAÇÃO LEGAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL.

1. (...)

2. (...)

3. (...)

4. (...)

5. Está pacificado neste Tribunal o entendimento de que não se aplica a Lei nº 11.464/07 aos fatos cometidos antes de sua entrada em vigor e que é inadmissível a fixação de regime prisional mais rigoroso do que aquele previsto para a pena aplicada.

6. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Habeas corpus não conhecido. Concedida, contudo, a ordem, ex officio, apenas para, ratificando a liminar, fixar o regime inicial semiaberto.

(HC 146.768/DF, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 13/12/2012)

Tal entendimento encontra-se, inclusive, sumulado, conforme pode se depreender dos enunciados sumulares n. **718** e **719** da Súmula/STF, e n. **440** da Súmula/STJ, os quais transcrevo a seguir, respectivamente:

"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."

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

"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."

Por fim, verifica-se que não foram invocados outros fundamentos para a imposição do regime inicial fechado ao recorrente que não a gravidade em abstrato do delito e o óbice imposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, o que viola a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, nos autos do **HC n. 111.840/ES**, declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei n. 8.072/90, não sendo mais cabível a imposição do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos, em homenagem ao princípio da individualização da pena, insculpido no **art. 5º, inciso XLVI**, da Constituição Federal.

Ante o exposto, **conheço em parte do recurso ordinário** e, nesta extensão, **dou provimento para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao recorrente.**

P. e I".

Daí o presente recurso, no qual sustenta o agravante que a decisão "mostra-se passível de censura, não merecendo por isso subsistir, pois, ao contrário do que ali foi afirmado, tanto o Juízo sentenciante quanto o Tribunal a quo (quando do julgamento da apelação da defesa – acórdão não constante dos autos) fundamentaram de forma idônea a necessidade de imposição do regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao ora agravado, condenado por estupro de vulnerável a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

08 anos de reclusão, com base na gravidade concreta do delito e na periculosidade real do recorrente (evidenciada pelo modus operandi da conduta – prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal – sendo a vítima uma menina de apenas 04 anos de idade), tal como se pode conferir, notadamente, nos seguintes trechos do acórdão referido [...]" (fl. 176).

Aduz que "estando idoneamente fundamentada a imposição do regime fechado para o início do desconto da reprimenda, deve ser afastada a incidência das Súmulas 440/STJ, 718 e 719/STF [...]" (fl. 177). Requer, ao final, o exercício do juízo de retratação para cassar a decisão agravada, ou a submissão do recurso à Turma, para a reforma da decisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 50.096 - SP (2014/0185782-0)

EMENTA

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE REAL DO AGRAVADO. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O entendimento esposado na decisão está em absoluta consonância com a jurisprudência consolidada dessa Corte Superior de Justiça.

II - Segundo o **Enunciado n. 440, da Súmula do 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.*"

III - No caso, não obstante as considerações firmadas na sentença e no acórdão e realçadas pelo agravante sejam relevantes, pois fazem referência à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com uma criança de 4 (quatro) anos de idade, **elas não desbordam do tipo de estupro de vulnerável**, tendo sido o agravado punido, na forma da lei penal, pela conduta que praticou.

IV - É indevida a utilização do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 para fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, uma vez que tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, razão pela qual, para crimes hediondos, como o do caso em tela, e não hediondos, aplica-se a regra geral, prevista no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo regimental.

Pretende o agravante a cassação do **decisum** monocrático que proveu parcialmente o recurso ordinário em **habeas corpus**, concedendo ao agravado o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta.

Entretanto, razão não lhe assiste, devendo o agravo ser desprovido.

O entendimento esposado na decisão está em absoluta consonância com a jurisprudência consolidada dessa Corte, no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal, não é possível o estabelecimento de regime mais gravoso do que o previsto em lei com base na gravidade abstrata do delito. Este é o teor do **Enunciado n. 440, da Súmula do STJ, verbis:**

"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."

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal editou os **Enunciados ns. 718 e 719** afirmando, respectivamente, o que se segue:

"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."

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

Nesta esteira firmou-se a jurisprudência dessa Corte:

"HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. [...]

2. [...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. [...]

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO CRIME. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA EM FACE DA EMBRIAGUEZ DO RÉU. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS PELA DEFESA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

ALEGADA CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ÉDITO REPRESSIVO QUE EXPRESSAMENTE FAZ MENÇÃO A DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. [...]

DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. [...]

PENA. REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA A FORMA SEMIABERTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do artigo 59 do aludido diploma legal.

2. Não se admite a fixação do regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso quando a pena-base é fixada no mínimo legal, e o acusado é primário e detentor de bons antecedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Na hipótese dos autos, o regime fechado foi firmado unicamente com base na reprovabilidade abstrata do tipo penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente" (HC n. 279.641/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Jorge Mussi, DJe de 18/6/2014).

"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.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. [...]

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 n. 285.601/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 30/4/2014).*

Não obstante as considerações firmadas na sentença e no acórdão e realçadas pelo agravante sejam relevantes, pois fazem referência à prática de atos libidinosos diversos da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conjunção carnal com uma criança de 4 (quatro) anos de idade, **elas não desbordam do tipo de estupro de vulnerável**, tendo sido o agravado punido, na forma da lei penal, pela conduta que praticou. Os preceitos primário e secundário do tipo em referência estão assim estabelecidos:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Para que se justificasse a imposição de regime mais severo de cumprimento de pena, nos termos do § 3º, do art. 33, do Código Penal, necessário seria que as circunstâncias judiciais fossem avaliadas de forma desfavorável ao agravado, o que não ocorreu, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal. Seria possível também se se cuidasse de indivíduo reincidente, o que não se verifica no caso. Reproduzo, por oportuno, a fundamentação da dosimetria constante da sentença (fl. 25):

"[...] Considerando os elementos constantes no artigo 59 do Código Penal, levando em conta a normalidade do resultado ao tipo e, também, a equivalência do grau de culpa a casos semelhantes, fixo a pena-base em 08(oito) anos de reclusão. Torno a pena fixada definitiva por não existirem outras circunstâncias modificadoras [...]."

Transcrevo, agora, **do agravo ministerial**, trecho do acórdão da apelação interposta pelo agravado perante o eg. Tribunal **a quo** (fl. 176):

“Ora, conforme se denota de fl. 170, o d. Juízo a quo foi cristalino em sua dosimetria, aplicando ao caso em tela a pena referente ao crime consumado, o que, por si só, já afasta a tese defensiva. Ademais, o princípio da proporcionalidade configura meio de proteção aos direitos fundamentais na medida em que impede a aplicação de pena desmedida, desvinculada da amplitude do ilícito perpetrado.

No caso em tela, se consignou na sentença “a gravidade do delito e a repercussão deste no meio social” (fl. 171), frisando-se que o crime de estupro de vulnerável é gravíssimo, hediondo inclusive, elemento que justifica a imposição de reprimenda mais severa.

[...]

Conforme preliminarmente consignado, tal montante não viola o princípio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da proporcionalidade, atentando-se à hediondez do delito, crime sexual perpetrado contra criança, em absoluto desprezo à sua vulnerabilidade, o que justifica a imposição de pena mais gravosa.

Tal característica, inclusive, impõe o regime carcerário fechado para início de desconto da reprimenda, decorrente tanto da periculosidade do acusado e de sua conduta, como de expressa previsão contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.”

Constato, de plano, que houve indevida utilização, pelo Tribunal **a quo**, do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 para fixação do regime inicial de cumprimento de pena, uma vez que tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do **HC n. 111.840/ES**, razão pela qual, para crimes hediondos, como o do caso em tela, e não hediondos, aplica-se a regra geral, prevista no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo.**

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0185782-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no RHC 50.096 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0000109-45.2013.8.26.0394 0001094520138260394 1094520138260394
20634936320138260000 RI0022GW50000

EM MESA

JULGADO: 25/11/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : R W Z
ADVOGADOS : JANAINA CERIMELE ASSIS DEZAN
JOSÉ CRISTOVÃO DE OLIVEIRA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Liberdade Provisória

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : R W Z
ADVOGADOS : JANAINA CERIMELE ASSIS DEZAN
JOSÉ CRISTOVÃO DE OLIVEIRA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.