



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.076 - SP (2017/0023216-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A C P DOS P
ADVOGADO : CLEBERSON ALBANEZI DE SOUZA - SP257608
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. REGIME INICIAL. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990, COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE MODO DIVERSO DO FECHADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A eventual existência de constrangimento ilegal na decisão recorrida permite sua correção por esta Corte Superior, haja vista a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, exatamente como na hipótese dos autos.

2. Diante da declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 11.464/2007, que estabelecia o modo inicial fechado para o resgate da reprimenda firmada em relação aos delitos hediondos cometidos após a sua entrada em vigor, o regime prisional para esses tipos de crimes deve agora ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

3. Afastando-se o fundamento no qual a instância de origem se embasou para manter o regime inicial fechado, e tendo em vista que todas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao sentenciado, impõe-se a fixação do modo semiaberto para o resgate da sanção, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do referido diploma legal.

4. Agravo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 28 de novembro de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.076 - SP (2017/0023216-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **A C P DOS P**
ADVOGADO : **CLEBERSON ALBANEZI DE SOUZA - SP257608**
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra decisão desta Relatoria que conheceu do agravo para dar parcial provimento ao recurso especial interposto, mitigando o regime inicial imposto ao agravante para o semiaberto.

Sustenta o insurgente que a questão demandaria a incursão no acervo fático-probatório e esbarraria no óbice do enunciado da súmula n. 7 desta Corte Superior, não tendo a decisão agravada tecido qualquer comentário com relação ao referido óbice.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do presente recurso ao colegiado para que seja provido, restabelecendo-se o regime fixado na origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.051.076 - SP (2017/0023216-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Infere-se do presente recurso que foi interposto agravo em recurso especial por A C P DOS P contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que inadmitiu o seu apelo nobre.

Na hipótese, o agravante foi condenado à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, porque:

"em torno do mês de novembro de 2012, durante o dia, na Rua Ângelo Egydio Pedreschi, nº 170, Parque Ribeirão, nesta cidade e Comarca, o acusado praticou ato libidinoso com a menor J.C.S.O., que tinha, à época dos fatos, 13 anos de idade conforme comprova a certidão de nascimento." (e-STJ fl. 178)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual negou provimento ao reclamo, mantendo inalterado o édito condenatório.

Interposto recurso especial, este não foi admitido pela Instância de origem, o que ensejou a apresentação do respectivo agravo, no qual o agravante sustentou que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam, *in casu*.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento da insurgência.

Por decisão desta Relatoria, o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, com vistas a mitigar o regime inicial para o semiaberto.

No presente recurso, o Órgão ministerial sustenta que o agravo não poderia ter sido conhecido, visto que a análise da questão relacionada ao regime inicial demandaria incursão no acervo fático-probatório existente nos autos, providência vedada na via especial, em razão do óbice da súmula 7 desta Corte Superior.

Com relação a apontada impossibilidade de análise do regime de pena por esta Corte Superior, é importante asseverar que a eventual existência de constrangimento ilegal na decisão recorrida, permite sua correção por esta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, haja vista a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício, exatamente como na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. LEI 6.368/1976. RECURSO ESPECIAL. NEGADO SEGUIMENTO. DECISÃO CONFIRMADA. SÚMULA 284/STF. APLICABILIDADE DO NCP. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉDIGE DO CÓDIGO ANTERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA (CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONSEQUÊNCIAS). OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 501/STJ. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DO REDUTOR. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Inviável o recurso especial que parte de premissa não condizente com a realidade dos autos, sustenta o cabimento da substituição de pena estabelecida acima de 4 anos de reclusão, bem como não aponta os dispositivos legais contrariados ou sob os quais recairia a divergência jurisprudencial, sendo inadmissível a indicação de violação de inteiro teor de norma infraconstitucional.

Incidência da Súmula 284/STF.

2. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2, aprovado pelo Plenário do Superior Tribunal de Justiça em 9/3/2016).

3. Esta Corte admite a concessão de habeas corpus, de ofício, no âmbito do recurso especial ou do agravo em recurso especial em matéria penal, sempre que se verificar a existência de constrangimento ilegal, passível de reconhecimento de ofício.

[...]

5. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à inadmissibilidade de considerações genéricas ou utilização de elementos próprios do tipo penal para fins de majoração da pena-base.

6. À exceção da menção à quantidade e tipo de drogas comercializadas, dentre elas, maconha, ecstasy e LSD, as demais considerações dizem respeito a elementos próprios do tipo penal, como o malefício do consumo de entorpecentes para a sociedade, a personalidade deturpada em face da busca pelo lucro fácil, a culpabilidade exacerbada em face da prática do delito, apesar das campanhas de prevenção.

7. Negativo apenas o vetor relativo às circunstâncias do delito (quantidade e qualidade das substâncias entorpecentes - LSD, ecstasy e maconha), fixa-se a pena-base em 4 anos de reclusão, reduzida em 1/6 em razão da confissão espontânea, totalizando 3



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos e 4 meses de reclusão. Considerando a subsistência de apenas uma circunstância judicial desfavorável e a primariedade do agravante, fixo o regime inicial aberto, deferindo ainda a substituição da pena por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo MM. Juiz de primeiro grau.

8. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para redimensionar a pena do agravante.

(AgRg nos EDcl no REsp 1250987/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 25/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. TESES NÃO DEVIDAMENTE APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. FLAGRANTE ILEGALIDADE E DESPROPORCIONALIDADE. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal a quo, embora não tenha apreciado suficientemente as teses da defesa, analisou a dosimetria da pena, mantendo os fundamentos e a reprimenda fixada na sentença condenatória, impedindo, todavia, o conhecimento do recurso especial, por ausência de prequestionamento.

2. O exame realizado, porém, mostrou-se suficiente para a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, pois foi identificada flagrante ilegalidade na fundamentação da valoração negativa da culpabilidade e dos motivos, na primeira fase dosimétrica, e desproporcionalidade na fração pela causa de aumento pela interestadualidade, na terceira fase, sem respeito ao critério objetivo de quantidade de estados envolvidos.

3. Esta Corte Superior entende ser possível a concessão de habeas corpus de ofício quando verificada a ocorrência de ilegalidade flagrante, ausência de fundamentação ou desproporcionalidade, inexistindo, neste ponto, o óbice sumular n. 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 404.358/AL, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 04/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ALTERADA EM SEDE DE APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. O efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios ou fundamentos de individualização da pena utilizados na sentença penal condenatória, desde que, não havendo recurso do órgão acusatório, a sanção não seja exasperada.

2. Incidência da Súmula n. 568/STJ: "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema."

3. A valoração negativa de circunstâncias judiciais com base em fundamentação genérica e em elementos ínsitos do tipo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

penal constitui flagrante ilegalidade, a ser corrigida, inclusive, pela concessão de habeas corpus de ofício.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1668813/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 16/08/2017)

Quanto ao mérito, cumpre destacar o trecho da decisão singular que tratou da fixação do regime inicial:

"O regime de cumprimento de pena, consoante o art. 33, § 2º, 'a' do CP é o inicialmente fechado, ciente também de que o estupro de vulnerável é crime hediondo, nos termos da Lei 8.072/90, artigos 1º, VI, e 2º, parágrafo 1º, como acima exposto." (e-STJ fls. 185/186)

A Corte Estadual, por sua vez, manteve o regime estabelecido na origem, asseverando, *in verbis*:

"Crime hediondo, o regime fechado decorre de disposição expressa em lei (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90), sendo que no caso dos autos, o regime mais gravoso se justifica, ainda, pelas circunstâncias já especificadas, nas quais o crime foi praticado." (e-STJ fl. 244)

Da análise dos autos, verifica-se que o Magistrado singular fixou o regime fechado para o resgate da reprimenda com base no artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, fundamento que foi mantido no julgamento do recurso de apelação.

No entanto, sabe-se que a nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigatoriedade de cumprimento inicial da pena no modo fechado nos casos de condenação por crimes hediondos ou equiparados, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES.

Na ocasião, prevaleceu o entendimento de que o dispositivo contraria a Constituição Federal, especificamente no ponto que trata do princípio da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI), devendo o regime prisional, então, ser fixado de acordo com o previsto no artigo 33 do Código Penal.

Não se desconhece, outrossim, que o controle incidental de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionalidade, também chamado doutrinariamente de controle por via difusa, por via de defesa, ou por via de exceção, se dá em qualquer instância judicial, por juiz ou tribunal, em casos concretos, comuns e rotineiros, e ocorre quando uma das partes questiona a Justiça sobre a constitucionalidade de determinada norma.

Certo também que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade pela via difusa são restritos ao processo e às partes, e, via de regra, retroagem desde a origem do ato subordinado à inconstitucionalidade da lei/norma assim declarada.

Contudo, tendo a inconstitucionalidade sido declarada pelo Plenário do Pretório Excelso, a quem incumbe a interpretação da Constituição Federal, tal orientação não deve ser sumariamente descartada.

Dessa forma, e considerando-se a declaração de inconstitucionalidade, ainda que por maioria de votos e de forma incidental, da nova redação dada ao artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990 pela Lei 11.464/2007, deve o regime prisional ser fixado de acordo com os ditames do artigo 33 do Estatuto Repressivo.

Portanto, não se vislumbra ilegalidade na decisão agravada que, afastando o fundamento no qual as instâncias de origem se embasaram para estabelecer o regime inicial fechado, e tendo em conta que as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal foram consideradas favoráveis ao sentenciado, fixou o modo semiaberto para o resgate da sanção, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea "b", do referido diploma legal.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME SEXUAL. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PERTURBAÇÃO DE TRANQUILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES.

PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RÉU PRIMÁRIO. SANÇÃO SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO MAS INFERIOR A 8. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Configura o delito de atentado violento ao pudor a prática de atos libidinosos como o toque na genitália de uma criança de apenas 5 anos de idade, mesmo que ausente conjunção carnal, sexo oral ou anal, não podendo tal conduta ser desclassificada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para perturbação de tranquilidade.

2. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro constitui crime hediondo. Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

3. Tratando-se de réu primário, com circunstâncias judiciais favoráveis, que levaram a fixação da pena-base no mínimo legal, e diante do quantum da pena final, superior a 4 anos de reclusão mas inferior a 8, de rigor a fixação do regime prisional semiaberto.

4. Agravo regimental parcialmente provido, tão somente para modificar o regime de cumprimento de pena, que deverá iniciar no regime semiaberto.

(AgRg no REsp 1681914/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 19/09/2017)

Nesses termos, não se vislumbrando ilegalidade na decisão agravada, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0023216-3

AgRg no
AREsp 1.051.076 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0038730000 09291078420128260506 1135/2012 11352012 38730000
9291078420128260506 RI00387O30000

EM MESA

JULGADO: 28/11/2017
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : A C P DOS P
ADVOGADO : CLEBERSON ALBANEZI DE SOUZA - SP257608
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro de vulnerável

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : A C P DOS P
ADVOGADO : CLEBERSON ALBANEZI DE SOUZA - SP257608
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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 Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.