



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.599 - SP (2018/0010623-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE E OUTRO
ADVOGADO : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE - SP115545
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J M DA S (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE DENOTAM MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime prisional mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do 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."*

No caso dos autos, a Corte estadual ressaltou a gravidade exacerbada do delito, em que o acusado, aproveitando-se da confiança que tinha por manter laços de amizade com a genitora da ofendida, frequentadora assídua de sua casa, utilizava tais momentos para abusar sexualmente da vítima, uma criança de apenas oito anos de idade, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP.

5. A questão atinente à concessão de prisão domiciliar não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ficando esta Corte impedida de apreciar o tema sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, não conhecer do pedido.

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 22 de maio de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.599 - SP (2018/0010623-7)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE E OUTRO
ADVOGADO : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE - SP115545
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J M DA S (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de J M DA S contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação n. 0002581-68.2009.8.26.0229).

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 217-A do Código Penal (estupro de vulnerável).

Interposta apelação, pela defesa, o Tribunal de origem rejeitou a preliminar e deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 5 anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da condenação. Eis a ementa do julgado:

Apelação Criminal - Estupro de vulnerável Legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal. Nulidade. Inocorrência. Conjunto probatório suficiente à condenação. Depoimento da vítima firme e coerente. Não havendo motivo concreto para infirmar essa prova, necessária a manutenção da condenação. Pena. Redução. Necessidade. Regime fechado. Manutenção. Dado parcial provimento ao recurso (fl. 19).

No presente *mandamus*, o impetrante alega que não se justifica a fixação do regime fechado para início de cumprimento de pena, que é o caso de aplicação do regime semiaberto, consoante a dicção do art. 33, § 2º, letra *b*, do Código Penal. Aduz que a hediondez, por si só, não constitui fundamento idôneo para o agravamento do regime prisional.

Requer, assim, em liminar e no mérito, a concessão da ordem para que lhe seja reconhecido o direito à prisão domiciliar ou à mudança para o regime semiaberto.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 52/54).

Informações prestadas (fls. 59/76).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento da impetração (fls. 78/79).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 433.599 - SP (2018/0010623-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

Por se tratar de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo a atual orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena ou a concessão da prisão domiciliar.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação:

[...]

Passo a dosar a pena a ser imposta.

Atendendo aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 8 anos de reclusão.

Na segunda fase da aplicação da pena deve ser reconhecida a atenuante prevista no artigo 65, inciso I do Código Penal já que o réu é maior de 70 anos. Assim, reduzo a pena em 1/6, totalizando 6 anos e 8 meses de reclusão.

Não existem causas de aumento ou diminuição de forma que torno definitiva a pena de 6 anos e 8 meses de reclusão .

A pena será cumprida inicialmente em regime FECHADO, ante o disposto no artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, com redação alterada pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007.

[...] (fl. 65).

O Tribunal de Justiça estadual, ao retificar o decreto condenatório, aplicou a pena e manteve o regime inicial fechado, sob a seguinte fundamentação:

[...]

A dosimetria da pena merece reparo.

O crime foi cometido pelo réu antes do advento da Lei 12.015/2009, de modo que a pena a ser aplicada é da lei anterior, mais benéfica.

Assim, fixo a pena-base em seis anos de reclusão .

Na segunda fase da dosimetria, a reprimenda foi atenuada em um sexto em razão da idade do recorrente, maior de setenta anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse aspecto, observo que o acusado foi beneficiado, pois entendo aplicável ao caso a súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, que veda a fixação da pena aquém do mínimo ou além do máximo previsto em lei em razão de atenuantes ou agravantes. Entretanto, considerando a ausência de recurso da acusação, mantenho a redução operada em primeiro grau.

Ausentes outras causas modificadoras, torno definitiva a pena do recorrente em cinco anos de reclusão.

O regime prisional não comporta alteração. Conforme dispõe o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.072/90, com a alteração dada pela Lei nº 11.464/07, a pena privativa de liberdade será cumprida inicialmente no regime fechado. **É de se ressaltar a gravidade concreta da conduta perpetrada, pois o acusado, aproveitando-se da confiança que tinha por manter laços de amizade com a genitora da ofendida, frequentadora assídua de sua casa, utilizava tais momentos para abusar sexualmente da vítima, uma criança de apenas oito anos, o que não pode deixar de ser valorado no momento da fixação do regime prisional.**

Posto isto, pelo meu voto, rejeito a matéria preliminar arguida e, no mérito, dou parcial provimento ao apelo apenas para reduzir a pena do réu para cinco anos de reclusão, mantidos, no mais, os termos da r. decisão recorrida.

[...] (fls. 71/73).

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, firmou-se 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 CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

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."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Súmula 718/STF: "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."

Súmula 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea."

Na hipótese dos autos, em que pese a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais favoráveis com pena-base fixada na mínimo legal e a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão, o regime inicial fechado foi fixado a partir de motivação concreta extraída dos autos.

A Corte estadual ressaltou a gravidade exacerbada do delito, em que o acusado, aproveitando-se da confiança que tinha por manter laços de amizade com a genitora da ofendida, frequentadora assídua de sua casa, utilizava tais momentos para abusar sexualmente da vítima, uma criança de apenas oito anos de idade, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP.

A propósito, confirmam-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva de habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A Suprema Corte, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com redação dada pela Lei 11.464/2007, por ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/1988), concluiu ser possível o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. No caso em tela, verifico que o Tribunal não se limitou a determinar o regime inicial de cumprimento de pena apenas com base no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990. O regime mais gravoso foi estabelecido com base em elementos concretos extraídos dos autos.

4. Habeas corpus não conhecido (HC 363.802/SC, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 06/09/2016).

HABEAS CORPUS. ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. *Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.*

2. *Não obstante a estipulação da reprimenda final em 8 (oito) anos de reclusão, encontra-se motivada a sujeição a regime mais gravoso quando alicerçado em elementos concretos, a despeito desses não terem sido empregados na fixação da pena-base, estabelecida no mínimo legal. **Na espécie, o Tribunal a quo salientou particularidade fática, destacando "a gravidade concreta do delito, que ocorreu durante o dia, no interior de um estabelecimento comercial, em horário comercial, causando insegurança e temor na pequena comunidade de Campo Florido, ressaltando-se, ainda, que há notícias nos autos de que o acusado teria praticado outros delitos da mesma natureza, além de se tratar de delito hediondo, sendo certo que o referido regime se mostra o mais socialmente recomendável ao caso em tela", o que traz para o palco dos acontecimentos um plus de reprovabilidade, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento de pena.***

3. *Habeas corpus não conhecido (HC 372.427/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 08/11/2016).*

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. *Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática que, amparada em permissivo legal (art. 557 do CPC), deriva de exaustivo e qualificado debate sobre a questão jurídica objeto da impugnação especial, em sentido coincidente com a pretensão recursal.*

2. ***Embora o agravante haja sido condenado à reprimenda de 8 anos de reclusão, o regime inicial fechado está devidamente justificado na gravidade concreta do delito de estupro de vulnerável por ele praticado.***

3. *Agravo regimental não provido (AgRg no HC 315.156/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 03/08/2015).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, quanto ao pedido de prisão domiciliar, verifico que a tese não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*, ficando esta Corte impedida de analisar o pedido sob pena de incidir em indevida supressão de instância. Nesse sentido:

REGIME. MODO SEMIABERTO. ALEGADA AUSÊNCIA DE CASA DE ALBERGADO. PRETENDIDA COLOCAÇÃO DA PACIENTE EM PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL ORIGINÁRIO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MANDAMUS NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Não tendo a questão referente à colocação da paciente em prisão domiciliar, em caso de inexistência de vaga em estabelecimento prisional adequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, sido objeto de debate pelas instâncias ordinárias, não pode ser apreciada diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e ainda sob pena de indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedida em parte a ordem, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta à paciente, determinando, outrossim, que a possibilidade de progressão prisional seja analisada de acordo com o regramento do art. 112 da Lei de Execução Penal, e não da Lei 11.464/07 (HC 234.569/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 21/09/2012).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO CONCEDIDA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. MANUTENÇÃO DO PACIENTE EM REGIME MAIS RIGOROSO. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO OU DE PRISÃO DOMICILIAR. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO TJ. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A questão referente à inclusão do paciente em regime aberto ou prisão domiciliar não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que impede seu conhecimento por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Não há ilegalidade no acórdão atacado quando deixa de apreciar pedido de aplicação do regime aberto ou de concessão da prisão domiciliar baseado na mera suposição de que não haverá vaga no regime semiaberto. Decisão mantida por seus próprios fundamentos.

3. Agravo regimental improvido (AgRg nos EDcl no HC 333.631/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/04/2016).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0010623-7

HC 433.599 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00025816820098260229 20160000686422 25816820098260229

EM MESA

JULGADO: 22/05/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE E OUTRO
ADVOGADO : MIGUEL ARCANJO MONTEIRO VICENTE - SP115545
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J M DA S (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.