



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.888 - SP (2010/0036599-3)

RELATOR : **MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE**
IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO DA SILVA MARCOSSI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : C A D A S M (PRESO)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. **1.** APLICAÇÃO DA PENA COM REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL E AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, III, DO ESTATUTO REPRESSOR. TEMAS NÃO SUBMETIDOS OU APRECIADOS NO TRIBUNAL **A QUO**. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. **2.** CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.072/1990. **3.** APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 11.106/2005. REVOGAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SÚMULA Nº 611/STF. **4.** ORDEM NÃO CONHECIDA. **HABEAS CORPUS** CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA QUE O JUIZ DAS EXECUÇÕES VERIFIQUE A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA.

1. Não há como conhecer dos pedidos para que a pena imposta se dê como base na sanção estabelecida na Lei nº 8.069/1990 - reclusão de três a nove anos - e de afastamento da causa de aumento prevista no art. 226, III, do Código Penal, pois constata-se que esses temas não foram submetidos ou apreciados pelo Tribunal **a quo**, circunstância que impede a apreciação destas questões por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

2. Ademais, o crime foi praticado em 17 de janeiro de 1996, data em que o referido parágrafo único do artigo 214 do Código Penal já se encontrava revogado pela Lei nº 8.072/1990, que também previa a pena de 6 a 10 anos de reclusão para o delito ao qual o paciente foi condenado.

3. A causa de aumento prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal foi revogada pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, todavia, a verificação da possibilidade de aplicação retroativa de lei penal mais benéfica e o cálculo da nova pena deve ser realizado pelo Juiz das Execuções, o competente para apreciar esse pedido, nos termos do art. 66, I, da Lei nº 7.210/1984. e da Súmula nº 611/STF.

7. **Habeas corpus** não conhecido, mas concedida ordem de ofício para que o Juiz das Execuções verifique a possibilidade de redução da pena imposta em virtude da aplicação retroativa da Lei nº 11.106/2005, que revogou a causa de aumento prevista no artigo 226, III, do Código Penal.

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, não conhecer do pedido e concedeu **habeas corpus** de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2011 (data do julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.888 - SP (2010/0036599-3)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de **habeas corpus** impetrado em causa própria por C. A. da S. M., apontada como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Colhe-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado em primeiro grau à pena de 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, como incurso no art. 214, **caput**, c/c o art. 224, 'a' e art. 226, III, todos do Código Penal e art. 9º da Lei nº 8.072/1990.

O Tribunal de origem deu parcial provimento ao apelo defensivo, para afastar o acréscimo decorrente do art. 9º da Lei dos Crimes Hediondos, reduzindo a reprimenda para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória, conforme o acórdão de fls. 30/36.

Interposta revisão criminal, a Corte Estadual deferiu a ordem, em parte, apenas para afastar o óbice à progressão de regime, nos termos do acórdão de fls. 37/41.

No Superior Tribunal de Justiça, requer o impetrante seja decotado o acréscimo decorrente da causa de aumento previsto no art. 226, III, do Código Penal, uma vez que ele foi revogado pela Lei nº 11.006/2005. Pretende, ainda, "nova sentença seja prolatada por Vossas Excelências, tão somente no tocante ao delito previsto no artigo 214, parágrafo único, do Código Penal", bem como que "a pena seja aplicada em seu mínimo legal, que é de 3 (três) anos de reclusão" (fl. 8).

Prestadas as informações (fls. 21/49), a douta Subprocuradoria-Geral da República opinou pela concessão parcial da ordem para excluir da condenação a causa de aumento do inciso III, do art. 226, do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.888 - SP (2010/0036599-3)

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

De início, não há como conhecer dos pedidos para que a pena imposta se dê como base na sanção estabelecida na Lei nº 8.069/1990 (reclusão de três a nove anos) e de afastamento da causa de aumento prevista no art. 226, III, do Código Penal, pois constata-se que esses temas não foram submetidos ou apreciados pelo Tribunal **a quo**, circunstância que impede a apreciação destas questões por esta Corte Superior, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância.

Vejam-se os precedentes de ambas as Turmas que julgam a matéria criminal no Superior Tribunal de Justiça:

A - "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. DISCRICIONARIEDADE. QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE.

(...)

DOSIMETRIA. PENA-BASE. AVENTADA ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXECUÇÃO. REGIME PRISIONAL. APONTADA ILEGALIDADE NA ESCOLHA DO MODO FECHADO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, das apontadas ilegalidades referentes à fixação da pena-base acima do mínimo legalmente previsto e à escolha do regime prisional fechado para o cumprimento da reprimenda, tendo em vista que essas questões não foram apreciadas pela instância de origem, até porque não levantadas nas razões de apelação, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, essa extensão, denegada a ordem." (HC nº 175.127/ES, Relator o Ministro JORGE MUSSI, DJe de 13/9/2011)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B - "HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E USO DE DOCUMENTO FALSO. CONDENAÇÃO. ABOLITIO CRIMINIS. TESE NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME PERMANENTE. NULIDADE INEXISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PROCESSO EM CURSO. PERSONALIDADE DESVIADA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 444/STJ.

1. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça examinar a pretensão da Defesa, de reconhecer a atipicidade da conduta em razão da abolitio criminis, se a matéria não foi submetida a exame das instâncias ordinárias, sob pena de supressão de instância. A questão não foi arguida nas alegações finais ou nas razões da apelação, sequer em sede de embargos de declaração que poderiam ser opostos contra o acórdão proferido pela Corte estadual.

2. Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição.

3. Tratando-se de réu preso em flagrante pelo cometimento de delito permanente, não há que falar em nulidade por ausência de mandado judicial. Precedentes.

4. Inquéritos e processos em curso não podem ensejar o aumento da pena base, sob pena de violação do princípio da presunção de não culpabilidade, não servindo para valorar negativamente os antecedentes, a personalidade ou a conduta social do réu. Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, concedido em parte para reduzir a reprimenda imposta ao paciente." (HC nº 116901/SP, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 22/6/2011)

Ademais, ainda que superado o óbice ao conhecimento do pedido, razão não assiste ao paciente, pois o crime foi praticado em 17 de janeiro de 1996, data em que o referido parágrafo único do artigo 214 do Código Penal já se encontrava revogado pela Lei nº 8.072/1990, que também previa a pena de 6 a 10 anos de reclusão para o delito ao qual ele foi condenado.

No tocante ao pedido de redução da pena-base, o Juiz de primeiro grau, ao fixar a pena, consignou (fls. 28/29):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica-se que o acusado é primário e não possui maus antecedentes (fls. 75/76 e 126), motivo pelo qual, atendendo aos critérios do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, em 6 (seis) anos.

Não estão presentes atenuantes nem agravantes. O fato de ser a vítima criança será considerado como causa de aumento de pena descrita na lei dos crimes hediondos, razão pela qual não pode ser utilizado como agravante.

Na terceira fase da dosimetria penal, deve ser considerada a causa de aumento de pena prevista no art. 226, III, do Código Penal e no art. 9º da Lei nº 8.072/90.

Sendo o réu casado na data dos fatos, é de rigor o aumento de um quarto da pena, nos termos do art. 226 do Código Penal, resultando 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Por fim, aplicando-se o art. 9º da Lei nº 8.072/90, aumento a pena da metade, fixando-a definitivamente em 11 (onze) anos e 3 (três) meses de reclusão.

O Tribunal **a quo**, por sua vez, deu provimento parcial à apelação da defesa para afastar o acréscimo decorrente do artigo 9º da Lei nº 8.072/90, reduzindo a pena imposta ao paciente para 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mantendo os demais termos da sentença.

Como visto, a pena-base já foi fixada no mínimo legal, não sendo possível ao aplicador do direito fixá-la em patamar inferior, sob pena de desobediência aos limites previstos pelo legislador, com indevida incursão na sua área de atuação e violação ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Por fim, constata-se que a causa de aumento prevista no inciso III do artigo 226 do Código Penal foi revogada pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, todavia, a verificação da possibilidade de aplicação retroativa de lei penal mais benéfica e o cálculo da nova pena deve ser realizado pelo Juiz das Execuções, o competente para apreciar esse pedido, nos termos do art. 66, I, da Lei nº 7.210/84.

Vejam-se:

A - "PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INOVAÇÃO LEGISLATIVA. LEI N.º 12.015/09. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. LEI POSTERIOR MAIS BENÉFICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. SÚMULA 611 DO STF. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Evidenciado que o Tribunal a quo sequer tangenciou a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inovação legislativa promovida pela Lei n.º 12.015/2009, que por ser mais benéfica ao acusado, possibilitaria o acolhimento da tese defensiva, sobressai a incompetência desta Corte para o seu exame, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

II. Transitada em julgado a condenação, sobressai a competência do Juízo das Execuções para o processamento de eventual pedido de redimensionamento das penas do paciente em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva e da inovação promovida pela Lei n.º 12.015/2009, conforme art. 66, I, da Lei de Execução Penal.

Incidência da Súmula 611 do Supremo.

III. Ordem não conhecida, nos termos do voto do Relator." (HC nº 148.862/MG, Relator o Ministro **GILSON DIPP, DJe de 28/2/2011.)**

B - "PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENÇÃO. ANÁLISE INVIÁVEL NA VIA ELEITA. LEI 12.015/09. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. RETROAÇÃO DE LEI PENAL NOVA MAIS BENÉFICA. APELAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Para a análise da argumentação de ausência de provas para a condenação, é necessário exame aprofundado do contexto fático-probatório, peculiar ao processo de conhecimento, o que é inviável em sede de **habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere.**

2. No caso de aplicação de lei penal nova mais benéfica, o trânsito em julgado das apelações leva à competência do Juízo das Execuções para o processamento de eventual pedido de redimensionamento das penas do paciente em virtude do reconhecimento da continuidade delitiva, conforme art. 66, I, da Lei de Execução Penal, sob pena de indevida supressão de instâncias.

3. Ordem não conhecida." (HC 133.513/SP, Relator o Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 2/8/2010.)**

No mesmo sentido é o enunciado nº 611 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

"Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna."

Portanto, versando o caso sobre aplicação retroativa de nova lei penal mais benéfica, deve ser verificado pelo Juiz das Execuções a possibilidade de redução da pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

imposta pelo afastamento da causa de aumento do art. 226, III, do Código Penal.

Diante do exposto, não conheço do **writ**, mas concedo **habeas corpus**, de ofício, para determinar que o Juiz das Execuções verifique a possibilidade de redução da pena imposta em virtude da aplicação retroativa da Lei nº 11.106/2005.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0036599-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 163.888 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 85596

9143173

EM MESA

JULGADO: 13/12/2011
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CARLOS ALBERTO DA SILVA MARCOSSI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : C A DA S M (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.