



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.443 - SC (2016/0197265-1)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : C R DA S (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO E FURTO. ARTS. 213 E 155, C/C O ART. 69, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE CONDENADO À SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA DE 6 ANOS E 10 MESES DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO A ENSEJAR A NECESSIDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

– O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *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.

– O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Diante disso, há de ser afastado o fundamento da hediondez do delito na fixação do regime fechado.

– Nos termos da Súmula n. 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*. Na mesma esteira, as Súmulas n. 718 e n. 719 do STF.

– Na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao *quantum* da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde do tipo penal violado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- Hipótese em que, apesar da fixação da pena-base no mínimo legal, a Corte local, afastando o fundamento da hediondez do delito de estupro, conferiu legalidade ao regime mais gravoso do que pena estabelecida comporta, ao destacar a gravidade concreta do delito do art. 213 do CP, uma vez que o paciente, durante aproximadamente 1h (uma hora), constrangeu a vítima, por meio de ameaças de morte e superioridade física, além de ter vendado seus olhos e tapado sua boca, à prática de múltiplos atos libidinosos – beijos, conjunção carnal e duas tentativas de sexo anal, o que demonstra o maior desvalor da ação, a ensejar uma maior repressão estatal, de modo que, na espécie, nos termos do art. 33, §3º, do CP, cabível o regime inicial fechado.
- *Habeas corpus* não conhecido.

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, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.443 - SC (2016/0197265-1)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : C R DA S (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de C R DA S contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Revisão Criminal n. 4001100-20.2016.8.24.0000).

Infere-se dos autos que, em primeiro grau, o paciente foi condenado à pena corporal tota de 6 anos e 10 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática dos delitos previstos no art. 213, e 155, c/c o art. 69, ambos do Código Penal (fls. 41/47).

Inconformada com o regime prisional estabelecido, a defesa ajuizou pedido de revisão criminal na origem, alegando a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1900. A Corte local, contudo, indeferiu o pedido, consoante acórdão assim ementado (fl. 327):

REVISÃO CRIMINAL. ESTUPRO E FURTO. INJUSTIÇA OU ERRO TÉCNICO NA APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. ADOÇÃO DA MODALIDADE MAIS GRAVOSA EM RAZÃO DO TRATAMENTO MAIS RIGOROSO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ATENÇÃO AO ART. 33 C/C O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. PEDIDO INDEFERIDO.

1 O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Habeas Corpus n. 111.840 (rel. Min. Dias Toffoli, j. em 27/6/2012), declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe deu a Lei n. 11.464/07, que impunha o regime inicial fechado para o resgate da pena. Por consequência, superados os entraves da Lei dos Crimes Hediondos, o regime prisional deve ser fixado de acordo com os regramentos do art. 33 c/c o art. 59, ambos do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2 O quantum da pena corporal aplicada, o qual se aproxima do limite máximo do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e a gravidade concreta da conduta, espelhada pelas circunstâncias do delito contra a dignidade sexual, autorizam a manutenção do regime inicial fechado.

3 Constatada a prática no mesmo contexto fático de mais de um núcleo do art. 213 do Código Penal, que contempla tipo penal misto alternativo, deve ser reconhecida a ocorrência de crime único, porém a maior gravidade de suas circunstâncias, decorrente da diversidade de atos libidinosos, não pode ser desconsiderada na escolha do regime prisional.

Na presente impetração, a defesa sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o regime mais gravoso do que pena comporta foi estabelecido sem fundamentação idônea, com base apenas na hediondez do delito. Destaca, ainda, a violação do art. 33 do Código Penal e aos enunciados 440 da Súmula desta Corte e aos 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Requer, assim, a fixação do regime prisional semiaberto para o início de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo não conhecimento do writ (fls. 349/353).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 364.443 - SC (2016/0197265-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como forma de racionalizar o emprego do *habeas corpus* e prestigiar o sistema recursal, não admite a sua impetração em substituição ao recurso próprio.

Cumpre analisar, contudo, em cada caso, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, em razão de manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, a ensejar a concessão da ordem de ofício. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014, STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Quart Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014 e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014.

Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa do paciente, passo à análise da pretensão formulada na inicial, a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

Busca a defesa a alteração do regime prisional para o semiaberto, pois ausente fundamentação acerca da necessidade do regime mais gravoso.

Na escolha do regime prisional, o julgador não está absolutamente adstrito ao *quantum* da pena imposta no caso concreto, devendo, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, guiar-se pelas diretrizes previstas no art. 59 do Estatuto Repressivo e à gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um *modus operandi* que desborde do tipo penal violado.

Por outro lado, sabe-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

Dessa forma, para o estabelecimento de regime de cumprimento de pena mais gravoso, é necessária fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos. Sobre o tema, esta Corte Superior editou a Súmula n. 440, que dispõe:

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.

Nesse mesmo sentido, as Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, *in verbis* :

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.

No caso, o sentenciante estabeleceu a reprimenda do delito previsto no art. 213 do CP no mínimo legal de 6 anos de reclusão, sanção que se tornou definitiva, pois ausentes causas modificativas reconhecidas. Em relação ao delito de furto (art. 155 do CP), a pena-base também foi fixada no mínimo legal, qual seja, 1 ano de reclusão. Na segunda fase, mesmo diante do óbice da Súmula n. 231/STJ, a pena foi reduzida em 1/6 aquém do mínimo legal, alcançando o montante definitivo de 10 meses de reclusão. Promovido o cúmulo material, nos termos do art. 69 do CP, a pena corporal total atingiu o patamar definitivo de 6 anos e 10 meses de reclusão. Na ocasião, o regime fechado foi estabelecido nos seguintes termos (fl. 47):

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, pois o crime de estupro é hediondo (art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de origem, no curso do julgamento da Revisão Criminal, afastou o fundamento da hediondez do delito utilizado na sentença e manteve o regime prisional fechado com lastro na seguinte fundamentação (fls. 334/335):

Na espécie, o quantum da pena corporal aplicada – 6 (seis) anos e 10 (dez) meses de reclusão –, o qual se aproxima do limite máximo do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, e a gravidade concreta da conduta, espelhada pelas circunstâncias do delito contra a dignidade sexual, autorizam a manutenção do regime inicial fechado.

Basta ver que, conforme os relatos da vítima (fls. 35/36), o requerente, durante aproximadamente 1h (uma hora), constrangeu aquela, por meio de ameaças de morte e superioridade física, além de ter vendado seus olhos e tapado sua boca, à prática de múltiplos atos libidinosos – beijos, conjunção carnal (até ejacular no interior da ofendida), duas tentativas de sexo anal.

O art. 213, caput, do Código do Código Penal, depois do advento da Lei n. 12.015/09, reuniu os antigos delitos de estupro e atentado violento ao pudor, prejudicando os debates acerca da incidência do concurso material ou da continuidade delitiva quando tais condutas forem praticadas em um mesmo contexto fático. Isso porque, o novo delito de estupro passou a ser de ação múltipla e conteúdo variado, na medida em que apresenta várias formas de violação do mesmo objeto jurídico – a liberdade sexual.

(...)

É necessário esclarecer, no entanto, que a nova fórmula legal não representa uma espécie de impunidade ao agente, que ficaria sujeito às mesmas penas quando cometesse variados atos libidinosos.

Constatada a prática pelo agente de mais de um núcleo do preceito incriminador, como no caso dos autos, o julgador deve reconhecer a ocorrência de crime único, porém a maior gravidade de suas circunstâncias não pode ser desconsiderada na fixação da reprimenda.

(...)

Embora seja descabida a adequação do quantum da pena privativa de liberdade, fixada no patamar mínimo pelo Magistrado de Primeiro Grau, a avaliação das operadoras do art. 59 do Código Penal, realizada neste momento em razão da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei dos Crimes Hediondos, permite o reconhecimento da maior reprovabilidade da conduta perpetrada.

Sendo assim, tendo em vista a gravidade das circunstâncias do delito, preserva-se o regime fechado para o início do cumprimento da pena (art. 33, § 3º, do Código Penal).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Da leitura do excerto acima transcrito, verifica-se que a Corte local conferiu legalidade ao regime mais gravoso do que pena estabelecida comporta, ao destacar a gravidade concreta do delito de estupro, uma vez que o paciente, durante aproximadamente 1h (uma hora), constrangeu a vítima, por meio de ameaças de morte e superioridade física, além de ter vendado seus olhos e tapado sua boca, à prática de múltiplos atos libidinosos – beijos, conjunção carnal e duas tentativas de sexo anal, o que demonstra o maior desvalor da ação, a ensejar uma maior repressão estatal, de modo que, na espécie, nos termos do art. 33, §3º, do CP, cabível o regime inicial fechado.

Nessa linha, permitindo a fixação do regime mais gravoso com lastro na gravidade concreta do delito, destaco:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO PRATICADO COM O EMPREGO DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. PENA DE 8 ANOS DE RECLUSÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO A JUSTIFICAR A FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Na ausência de argumento apto a afastar as razões consideradas no decisum ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

2. Fixada a pena em 8 anos de reclusão, a grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, fato que excede a normalidade prevista na conduta típica do delito de estupro, constitui circunstância idônea para o estabelecimento de regime prisional fechado.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 630.076/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 29/10/2015).

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

(...)

EXECUÇÃO DA PENA. REGIME INICIAL. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO COMETIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. PRETENDIDA FIXAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MODO DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. MODUS OPERANDI. GRAVIDADE CONCRETA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MONOCRÁTICA PRESERVADA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Diante da declaração da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, com a redação dada pela Lei 8.072/90, perfeitamente possível, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação, em tese, de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos, devendo a nova redação conferida ao citado dispositivo legal pela Lei 11.464/07 atingir somente os casos posteriores à sua entrada em vigor.

2. Não obstante a favorabilidade das circunstâncias judiciais e o quantum de pena ser inferior a 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se justificada a fixação do modo inicialmente fechado, haja vista a gravidade concreta do delito, evidenciada, sobretudo pelo fato de tratar-se de estupro contra vítima que apresentava desenvolvimento mental retardado.

3. Tendo a Corte impetrada decidido a questão objeto da controvérsia no mesmo sentido que a jurisprudência tanto desta Quinta Turma como do STF, possível a negativa de seguimento ao pedido, devendo ser mantida a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 254.847/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 06/06/2013) - grifei.

PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. REGIME PRISIONAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. WRIT 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 - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. 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 Código Penal - CP ou em outra situação que demonstre efetivamente um plus na gravidade do delito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Embora as circunstâncias judiciais tenham sido consideradas favoráveis, o paciente seja primário e a reprimenda corporal tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, foi fixado o regime inicial fechado a partir de motivação concreta extraída dos autos - "os acusados associaram-se a um terceiro desconhecido e, com emprego de arma, abordaram o ofendido, subtraindo seu veículo, com o qual fugiram" -, o que autoriza a imposição de regime mais gravoso para o início do cumprimento da pena, nos exatos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e n. 718 do STF.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 365.004/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 05/10/2016) - grifei.

Ante o exposto, inexistindo coação ilegal a ser reconhecida de ofício por esta Corte, **não conheço** do *habeas corpus*, pois manifestamente incabível na espécie.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0197265-1

HC 364.443 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00053337520148240008 008140053333 00814005333300000 01387208920148240008
082014000907775 1387208920148240008 2991400155 40011002020168240000
53337520148240008 8140053333 814005333300000 82014000907775

EM MESA

JULGADO: 25/10/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: C R DA S (PRESO)

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

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.