



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.742 - SP (2011/0237889-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J C D

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As instâncias ordinárias entenderam que ficou evidenciado, das provas amealhadas aos autos, o dolo do acusado em satisfazer a sua lascívia, o que inviabiliza a pretendida desclassificação.

2. Para desconstituir tal conclusão, seria inevitável o exame aprofundado de todos os itens de prova produzidos no processo criminal, providência incabível na via estreita e célere do habeas corpus.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

4. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Na falta de fundamentação concreta, consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e aplicada a pena de 8 anos de reclusão, o regime legal cabível é o semiaberto, consoante disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de março de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.742 - SP (2011/0237889-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**ADVOGADO : KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA
- DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : J C D

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

J. C. D., paciente neste habeas corpus, estaria sofrendo constrangimento ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos autos da Apelação n. 0029860-18.2010.8.26.0577.

Extraí-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, como incurso no art. 217-A, § 1º, do Código Penal (fls. 22-26).

Tanto a defesa quanto o Ministério Público estadual recorreram. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para fixar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado (fls. 43-52).

Nesta Corte, a Defensoria Pública estadual postula a desclassificação para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, ao argumento de que não é possível concluir, da análise dos autos, que o paciente praticou atos libidinosos contra a vítima, pois "apenas teria passado a mão nos seus seios" (fl. 3).

Alega, ainda, que a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena foi justificada unicamente na hediondez do delito, o que afronta os enunciados das Súmulas n. 718 e 719 do STF e 440 do STJ.

Indeferida a liminar (fls. 60-61) e prestadas as informações (fls. 73-103 e 105-122), o Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 125-128).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 220.742 - SP (2011/0237889-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DOLO DE SATISFAÇÃO DA LASCÍVIA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. NECESSÁRIA DILAÇÃO PROBATÓRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. As instâncias ordinárias entenderam que ficou evidenciado, das provas amealhadas aos autos, o dolo do acusado em satisfazer a sua lascívia, o que inviabiliza a pretendida desclassificação.

2. Para desconstituir tal conclusão, seria inevitável o exame aprofundado de todos os itens de prova produzidos no processo criminal, providência incabível na via estreita e célere do habeas corpus.

3. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, tem-se que a mera invocação desse dispositivo, como foi feito na espécie, não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

4. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

5. Na falta de fundamentação concreta, consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e aplicada a pena de 8 anos de reclusão, o regime legal cabível é o semiaberto, consoante disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

6. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus.

Sob tais premissas, **identifico** suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

II. Contextualização

Consta dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, do Código Penal, pelos seguintes fatos (fls. 8-10):

Segundo se apurou, policiais militares foram acionados pela Central de Operações da Polícia Militar (COPOM) com a notícia de violência sexual, sendo que a vítima teria problemas mentais.

A notícia ainda informava às características físicas do autor do crime, que o mesmo usava roupas escuras e encontrava-se próximo do Pronto Socorro da Vila industrial.

Os policiais se dirigiram para o local e logo avistaram o denunciado, que preenchia as características informadas pelo rádio. Em razão disso, o mesmo foi abordado e colocado dentro da viatura policial.

Em seguida, os policiais tiveram contato com a testemunha Manoela Angelina Silva, que informou aos: policiais que havia visto a. ofendida com a calça arriada, com ânsia de vômito, informando ainda que a mesma havia se dirigido para sua casa.

Os policiais continuaram as diligências e se dirigiram para a casa da ofendida, onde tiveram contato com o pai da mesma, que confirmou que sua filha tinha problemas mentais.

Em face das circunstâncias, os policiais conduziram todos, para a Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher, onde a ofendida, com a ajuda do pai, através de gestos, disse que o denunciado havia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

levantado sua blusa e passado as mãos em seus seios; que o mesmo abriu sua calça e havia introduzido o dedo em sua vagina, causando-lhe dor.

Considerando o relato da ofendida, o denunciado foi preso, lavrando-se o auto de prisão em flagrante, ocasião em que o mesmo confessou que havia beijado a ofendida, passado as mãos e seus seios e tocado sua vagina (fls. 09).

O paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 8 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 10 dias-multa, como incurso no art. 217-A, § 1º, do Código Penal. A reprimenda foi assim individualizada (fls. 25-26, destaque do autor):

Atenta às regras de fixação de pena estampadas nos artigos 59 e 60, do Código Penal, passo a avaliar as circunstâncias judiciais. Não existem nos autos elementos concretos que permitam uma valoração da personalidade do réu. O motivo do delito se constituiu pela busca da satisfação da própria lascívia, que já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito; nada há, em concreto, que desabone a sua conduta social. As circunstâncias e conseqüências do delito não se revelaram de maior monta, vez que a vítima, segundo seu pai, mantém hoje uma vida normal, dentro da sua possibilidade, não apresentando significativas seqüelas de índole psíquica. O réu não apresenta maus antecedentes. Assim sendo, imponho ao réu a pena base no mínimo legal 08 anos de reclusão.

Não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Também ausentes causas de aumento ou de diminuição.

Fixo a pena de multa no pagamento de 10 dias-multa, sendo que cada dia no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, observando o disposto no art. 60 do CPB.

Assim, fica o réu definitivamente condenado à pena de 08 (oito) anos de reclusão e 10 dias multa.

Em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, "b" e § 3º do CPB, o réu deverá iniciar o cumprimento da pena em **REGIME SEMI-ABERTO**.

Tanto a defesa quanto o Ministério Público estadual recorreram. O Tribunal *a quo* negou provimento ao apelo defensivo e deu provimento ao recurso ministerial para fixar o regime inicial de cumprimento de pena para o fechado.

Feito esse registro, passo ao exame das teses defensivas.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. Desclassificação para o art. 61 da Lei das Contravenções Penais

A respeito do tema, o Juízo monocrático consignou que (fl. 24, grifei):

Assim, mesmo que não tenha havido conjunção carnal ou introdução de dedo na vagina da ofendida, **os atos praticados pelo acusado já são suficientes a caracterizar o delito previsto no art. 217-A do Código Penal**. Não há, desta forma, como acolher a tese de desclassificação da conduta para contravenção de importunação ofensiva ao pudor, art. 61 da Lei de Contravenções Penais, infração que exigiria do réu um comportamento, digamos, mais contido e por certo um grau reduzidíssimo de culpabilidade, o que não é o caso dos presentes autos.

O Tribunal de origem, no julgamento do apelo defensivo, indeferiu o pleito do réu sob a seguinte motivação (fl. 51, destaquei):

Igualmente, não se diga que houve mera contravenção de importunação ofensiva ao pudor, prevista no artigo 61 da Lei de Contravenções Penais, pois **a conduta do réu ultrapassou o mero toque superficial e fugaz, inclusive despindo a vítima, passando a mão em seus seios e vagina, ato claramente dirigido à prática libidínosa**.

Nesse sentido:

[...]

Verifica-se que a **convicção do MM Juízo a quo teve fundamento em robusto acervo probatório**, de modo que a condenação era de rigor.

Da leitura dos excertos transcritos, observo que as instâncias ordinárias entenderam que **ficou evidenciado, das provas amealhadas aos autos, o dolo do acusado em satisfazer a sua lascívia**, o que inviabiliza a pretendida desclassificação. Ademais, o Tribunal *a quo* reconheceu, expressamente, que **os atos praticados pelo paciente consistiram em passar a mão nos seios e na vagina da vítima**.

Assim, **para desconstituir tal conclusão, seria inevitável o exame aprofundado de todos os itens de prova produzidos no processo**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

criminal, providência incabível na via estreita e célere do habeas corpus.

Nesse sentido:

[...]

III - Os fatos imputados na denúncia possuem relação direta com os fundamentos constantes da sentença que levaram à condenação do ora paciente, como incurso nas sanções do art. 217-A do CP (antigo art. 214, c/c 224, a, do CP), não sendo possível a desclassificação do delito para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade.

IV - Esta Corte é pacífica no sentido de que o **limite cognitivo da via do habeas corpus não permite a incursão na seara probatória, em razão da incompatibilidade da natureza mandamental do writ com o revolvimento dos elementos fático-probatórios** (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 330.984/SC, Rel. Ministro **Felix Fischer**, 5ª T., DJe 6/11/2015, grifei.)

Ainda, diante da gravidade da conduta pela qual foi condenado o paciente, oportuno tecer considerações acerca do **alcance da expressão "atos libidinosos diversos da conjunção carnal" para configurar a consumação do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal)**.

Assim dispõe o art. 217-A do Código Penal:

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.

Conforme ensina Cezar Roberto Bitencourt: "libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem, que envolve também a conjunção carnal" (*Tratado de Direito Penal 4: Parte Especial - Dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública*. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52).

Destaco que foi vontade do Constituinte e do legislador infraconstitucional **punir com maior rigor os atos libidinosos praticados contra vulnerável**, como no caso dos autos, em que a vítima não possuía o necessário discernimento para a prática dos atos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na lição de Rogerio Sanches CUNHA, nos delitos sexuais, "precisa o aplicador aquilatar o caso concreto e concluir se o ato praticado foi capaz de ferir ou não a dignidade sexual da vítima" (*Direito Penal – Parte Especial*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 250). Desse modo, como a vítima é pessoa sem o necessário discernimento, creio que um grande número de outros atos, diversos da conjunção carnal, são capazes de lhe ocasionar graves consequências psicológicas, devendo, portanto, ser punidos com maior rigor.

Conforme já consolidado por esta Corte Nacional: "o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do Código Penal, inclui **toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo**, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso" (**AgRg REsp 1.154.806/RS**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., **DJe 21/3/2012**, destaquei).

Diferentemente, a contravenção penal descrita no art. 61 da Lei das Contravenções Penais pressupõe a vontade de importunar, de modo ofensivo ao pudor, outrem, que, no meu sentir, **jamais pode se tratar de vítima vulnerável**.

IV. Regime prisional inicial

O Juízo monocrático impôs ao acusado o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, com base no art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal.

A Corte estadual, por sua vez, deu provimento ao apelo ministerial para fixar o regime inicial fechado, sob a seguinte motivação (fl. 51, destaquei):

No que tange ao regime de cumprimento, contudo, **trata-se de crime hediondo, que, por sua natureza e expressa determinação legal exige o início de cumprimento da reprimenda em regime fechado**, nos termos do § 1º do artigo 2º da lei 8.072/90, merecendo acolhimento o recurso ministerial.

Acerca do **regime inicial para cumprimento da pena**, imperioso salientar que, no julgamento do HC n. 82.959/SP (DJ 1º/9/2006), de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relatoria do Ministro **Gilmar Mendes**, o Supremo Tribunal Federal declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, que determinava que os condenados pela prática de crimes hediondos ou outros a eles equiparados deveriam cumprir a pena em regime integralmente fechado. Na ocasião, ficou assentado que esse dispositivo legal violava o princípio constitucional da individualização da pena, previsto no art. 5º, XLVI, da CF.

Por essas razões, a Sexta Turma deste Superior Tribunal adotou o entendimento segundo o qual, ante o *quantum* de pena aplicado, e considerando-se as circunstâncias do caso concreto, seria possível a fixação de regime prisional mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

Mesmo para os crimes hediondos ou outros a eles equiparados cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Na dicção do art. 33, § 2º, "b", do Código Penal, "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".

Na espécie, apesar da primariedade do acusado, bem como de a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, diante da favorabilidade das circunstâncias judiciais, constato que **foi fixado o regime fechado com base, unicamente, na hediondez do delito.**

Percebo, portanto, que o Tribunal de origem não adotou fundamentação idônea para fixar regime mais severo, sem nenhuma particularização do *modus operandi*, o que poderia revelar a gravidade concreta do delito. Assim, **diante da inexistência de fundamentação suficiente, necessária a reforma do acórdão impugnado para aplicar o regime prisional adequado.**

Nesse contexto, o acórdão estadual, além de afrontar o princípio da individualização da pena, está em **manifesto confronto com o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça**, sufragado no Enunciado Sumular n. 440, *in verbis*: "Fixada a pena-base no mínimo legal, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

Esse, outrossim, é o entendimento consolidado nas Súmulas n. 718 e 719 do STF, 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.

Patente, portanto, o constrangimento ilegal a que foi submetido o paciente, pois, na falta de fundamentação concreta, consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais e aplicada a pena de 8 anos de reclusão, **o regime legal cabível é o semiaberto**, consoante disposto no art. 33, § 2º, "b", do Código Penal.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **não conheço do habeas corpus**, mas, ao examinar seu conteúdo, identifico a ilegalidade na determinação de que o paciente iniciasse o cumprimento da reprimenda em regime fechado, o que me leva a conceder a ordem postulada, de ofício, para **impor o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0237889-9

HC 220.742 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 298601820108260577 577100298607

EM MESA

JULGADO: 03/03/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: KAREEN PATRÍCIA BANDEIRA PEREIRA FERREIRA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: J C D

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

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.