



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.457.660 - SP (2014/0129151-8)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **J V M**
ADVOGADO : **RODRIGO CORRÊA GODOY**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MENOR. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO. REGIME FECHADO FIXADO APENAS COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/1990 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ESTABELECIMENTO DO REGIME SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 440/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Cuidando-se de réu primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 6 anos de reclusão (art. 214 c/c o art. 224, *a*, do Código Penal), de rigor a fixação do regime intermediário de cumprimento da pena, tendo em vista o disposto no art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal e na Súmula 440/STJ.

2. Agravo Regimental desprovido.

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de agosto de 2015(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.457.660 - SP (2014/0129151-8)

RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : J V M
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL interpõe agravo regimental em adversidade à decisão proferida pelo então relator, Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, que não conheceu do recurso especial de J V M, mas concedeu-lhe *habeas corpus* de ofício, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fls. 301):

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ACÓRDÃO DE HABEAS CORPUS TRAZIDO COMO PARADIGMA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. ART. 2º, § 1º, DA LEI DE CRIMES HEDIONDOS DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA ESTABELECE O REGIME SEMIABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

Alega que, na hipótese, o regime fechado foi fixado somente com base na vedação legal. Afastada a obrigatoriedade da definição do regime inicial mais rigoroso e, assim, restando ausente uma análise sobre o modo de execução da pena, seria o caso de se permitir ao Tribunal de origem a avaliação do regime prisional adequado à espécie, com base no disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal, mantendo-se, portanto, a possibilidade de se estabelecer, inclusive, o regime fechado.

É certo que o ora recorrente foi beneficiado com a definição da pena-base no mínimo legal e, ainda, com o reconhecimento de sua primariedade. Todavia, no presente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

caso, o juízo de censura que recai sobre a conduta do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime são inteiramente desfavoráveis à concessão de outro regime inicial de cumprimento da pena que não o fechado, tendo em vista que, conforme consta da sentença condenatória, foram diversos os atos libidinosos praticados com menor que contava com apenas seis anos de idade à época dos fatos. Ademais, a pequena vítima apresentou enorme abalo psicológico atestado pela profissional responsável pela avaliação psicológica.

Nessa linha, afirma que a solução adequada ao caso é manter o regime inicial fechado de desconto da pena privativa de liberdade, diante dos elementos concretos constantes da própria sentença condenatória relacionados à culpabilidade, às circunstâncias e consequências do delito sexual de vulnerável, ainda que a pena, na primeira fase da dosimetria, tenha sido fixada no mínimo legal em razão da benevolência das instâncias ordinárias.

De fato, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado, não poderia ser fixado, desde logo, o regime inicial semiaberto, consideradas as peculiaridades do caso em exame.

Assim, o recurso especial não deveria ter sido conhecido, por ser inadmissível a utilização de acórdãos prolatados em *habeas corpus* como paradigmas (recurso especial interposto com base no art. 105, III, alínea c, da CF), devendo ser mantido o regime fechado para o início do cumprimento da sanção corporal imposta ao sentenciado.

Requer, ao final, o agravante, a reconsideração da decisão agravada, ou a submissão do feito à apreciação da colenda Quinta Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.457.660 - SP (2014/0129151-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

(Relator):

Ressai dos autos que o agravado foi condenado como incurso no art. 214, c/c o art. 224, *a*, ambos do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

A decisão agravada, consignou o seguinte, no que interessa ao presente julgamento (e-STJ fls. 303/305):

Compulsando os autos, verifico que o regime de cumprimento da pena foi fixado pelo Juiz sentenciante com fundamento na vedação legal trazida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, bem como em razão de o "réu ter praticado uma das condutas mais abjetas de que o ser humano é capaz, a revelar necessidade de terapia penal mais severa". (fl. 181)

O Tribunal de origem, por seu turno, manteve o regime fechado, anotando:

O regime prisional eleito é o adequado e deve prevalecer, em o razão de sua natureza hedionda, por força da Lei n. 11.464/07, que alterou o A artigo 20 da Lei 8072/90.

Ocorre que não é mais possível fixar o regime fechado para os crimes hediondos e assemelhados com base apenas no art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional referida norma, devendo, portanto, a fixação do regime de cumprimento da pena observar a disciplina do art. 33 do Código Penal.

A propósito, vejamos os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER HEDIONDO. ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE.

I- A 3ª Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp n.º 1.225.387/RS, pacificou o entendimento de que os crimes de

estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei n.12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos.

II- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, no julgamento do HC n. 111.840/ES, em 27.06.2012, declarou, incidenter tantum, a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade de fixação do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos.

III- Fixada a pena-base no mínimo legal, porquanto consideradas favoráveis todas as circunstâncias judiciais, e tratando-se de condenado primário, é possível a fixação do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos termos dos arts. 33, § 2º, II, alínea b, e 59, ambos do Código Penal.

IV- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1311422/SC, Relator(a) Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 08/04/2014)

HABEAS CORPUS. ART. 214, CAPUT, C/C ART. 224, A, E ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (3) AFERIÇÃO IN CONCRETO ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (4) WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro e o atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, isto é, das quais não haja resultado lesão corporal ou morte, constituem crimes hediondos.

Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal a quo não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena. (HC 259.913/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 26/03/2014)

No caso, a despeito do regime prisional não ter sido analisado pela instância ordinária, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a esta Corte é permitido, em homenagem aos princípios da economia e celeridade processual, estabelecer, desde logo, o regime adequado ao cumprimento da sanção imposta, diante do manifesto o constrangimento ilegal a que se encontra submetido a recorrente, o que justifica a concessão de habeas corpus de ofício.

No caso, o observa-se que foi contrariado os enunciados das Súmulas nos 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e n.º 440 desta Corte, que assim disciplinam, respectivamente:

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.

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.

Assim, considerando as circunstâncias judiciais favoráveis - tanto que a pena-base foi fixada no mínimo legal -, a primariedade do recorrente e o fato da reprimenda ter sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos de reclusão, deve ser estabelecido o regime semiaberto para o desconto da sanção corporal imposta ao recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Diante do exposto, não conheço do recurso especial. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de afastar a vedação legal e fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta à recorrente.

Não obstante as ponderações do Ministério Público, o fato é que as circunstâncias do delito não foram sopesadas no momento da dosimetria da pena ou da fixação do regime prisional pelas instâncias ordinárias.

E, consoante citado no decisum agravado, a existência de circunstâncias judiciais favoráveis, aliada à ausência de reincidência do acusado, veda, nos termos das Súmulas 440/STJ, 718 e 719 do STF, a fixação de regime mais gravoso do que o permitido pela norma penal com fundamento na gravidade do delito.

No mesmo sentido:

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

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL). DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ARTIGO 61 DO DECRETO-LEI 3.688/1941. RECONHECIMENTO DA FORMA TENTADA DO CRIME. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA EM FACE DA EMBRIAGUEZ DO RÉU. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS PELA DEFESA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. (...).

(...).

PENA. REGIME DE EXECUÇÃO. MODO FECHADO DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE EM ABSTRATO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 33, §§ 2º E 3º DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ALTERAÇÃO PARA A FORMA SEMIABERTA. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. O artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) poderá iniciar o cumprimento da reprimenda no regime semiaberto, observando-se os critérios do artigo 59 do aludido diploma legal.

2. Não se admite a fixação do regime inicial de cumprimento de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena mais gravoso quando a pena-base é fixada no mínimo legal, e o acusado é primário e detentor de bons antecedentes.

3. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade genérica do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado.

4. Na hipótese dos autos, o regime fechado foi firmado unicamente com base na reprovabilidade abstrata do tipo penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício apenas para fixar o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena imposta ao paciente" (HC 279.641/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 18/6/2014).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE REAL DO AGRAVADO. INOCORRÊNCIA. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PRIMARIEDADE. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O entendimento esposado na decisão está em absoluta consonância com a jurisprudência consolidada dessa Corte Superior de Justiça.

II - Segundo o Enunciado n. 440, da Súmula do 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."

III - No caso, não obstante as considerações firmadas na sentença e no acórdão e realçadas pelo agravante sejam relevantes, pois fazem referência à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com uma criança de 4 (quatro) anos de idade, elas não desbordam do tipo de estupro de vulnerável, tendo sido o agravado punido, na forma da lei penal, pela conduta que praticou.

IV - É indevida a utilização do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 para fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena, uma vez que tal dispositivo foi declarado inconstitucional pelo e. Supremo Tribunal Federal nos autos do HC n. 111.840/ES, razão pela qual, para crimes hediondos, como o do caso em tela, e não hediondos, aplica-se a regra geral, prevista no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC 50.096/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 2/12/2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO SINGULAR PROFERIDA POR RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE NÃO CONFIGURADO. REGIME PRISIONAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MAIS GRAVOSO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 440/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que não ofende o princípio da colegialidade a prolação de decisão monocrática com fundamento no art. 557, caput, e § 1º-A, do CPC, c/c art. 3º do CPP.

2. A aferição da idoneidade da fundamentação utilizada pela Corte local para impor regime mais severo para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade não encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

3. "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" (Súmula 440/STJ).

4. No caso, trata-se de réu primário, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis e a pena privativa de liberdade definitiva é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito), razão pela qual faz jus ao regime inicial intermediário, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. 1.508.814/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015)

Ante o exposto, subsistentes os fundamentos da decisão agravada, **nego provimento** ao agravo.

MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0129151-8 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.457.660 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00006610920088260451 4510120080006615 6108 6610920088260451

EM MESA

JULGADO: 06/08/2015
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. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : J V M
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : J V M
ADVOGADO : RODRIGO CORRÊA GODOY

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 Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.