



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 326.866 - SP (2015/0138706-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : M A
ADVOGADO : MILTON BONELLI - SP030944
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. TESE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO. REGIME FIXADO COM BASE EM MOTIVAÇÃO CONCRETA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Aclaratórios opostos com nítido caráter infringente, sem pretensão de sanar vícios no julgado, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, devem recebidos como agravo regimental. Precedentes.
2. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto o fato de o réu, professor de Educação Física, ter se valido dessa condição para praticar atos libidinosos contra as vítimas, pessoas em formação, constitui motivação idônea, suficiente para justificar a imposição do regime mais gravoso, inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado, ainda que fixada a pena-base no mínimo legal. Precedentes.
3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2016 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 326.866 - SP (2015/0138706-4)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
EMBARGANTE : M A
ADVOGADO : MILTON BONELLI - SP030944
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de embargos de declaração opostos em favor de M. A. em face de decisão que não conheceu do writ.

Alega o embargante, em suma, *omissão com relação a fundamentação para imposição de regime mais gravoso para cumprimento inicial da pena, posto que os argumentos utilizados nenhum pode ver-se utilizado em desfavor do paciente* (fl. 141).

Requer, assim, sejam acolhidos os embargos, sanando-se os vícios.

É o breve relato do necessário.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 326.866 - SP (2015/0138706-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

De início, tendo em vista não se vislumbrar nenhuma omissão, contradição ou obscuridade no julgado recorrido e, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes aclaratórios como agravo regimental, já que o embargante efetivamente não pretende sanar omissão, contradição ou obscuridade que, porventura, maculem o *decisum* impugnado, mas emprestar-lhes efeitos infringentes.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM ARESP. CONVERSÃO EM AGRAVO. POSSIBILIDADE. RETRATAÇÃO. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE.

1. De acordo com reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, quando se objetiva atribuir efeitos infringentes aos embargos de declaração, é possível recebê-los como agravo regimental.

[...]

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. Agravo regimental não provido (EDcl no AREsp 73.463/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 07/03/2014).

Por oportuno, trago à colação a decisão embargada, *in verbis*:

De início, cumpre ressaltar que o presente habeas corpus foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Nesse contexto, ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

Passo, assim, ao exame das alegações.

Compulsando o acórdão impugnado, verifica-se que o regime prisional fechado foi fixado com base nos seguintes fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O crime de prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, previsto no artigo 214, c/c o artigo 224, alínea "a", do Código Penal – anterior à vigência da Lei nº 12.015/2009 - é equiparado aos delitos hediondos, portanto dos mais graves dentre os elencados no Código Penal e em Leis Especiais.

Logo, soa, no mínimo, incongruente a fixação de regime diverso do fechado para o crime de atentado violento ao pudor contra quatro (04) jovens menores de quatorze (14) anos de idade.

Há, como é de sabença, crimes graves, mas que não são tidos como hediondos, como, por exemplo, o de roubo agravado, o de homicídio simples, dentre outros.

Mas há os considerados hediondos.

Hediondo quer significar horrendo, gravíssimo, repulsivo, absolutamente intolerável.

Ora, sendo assim, como aplicar-se para um crime hediondo, como o atentado violento ao pudor, regime que não o inicial fechado.

Ademais, a individualização da pena não se limita à mera operação aritmética, mas consiste em uma perquirição lógica sobre inúmeros fatores que estão ligados direta ou indiretamente com a infração penal e com o agente infrator.

Diante da gravidade do crime e da periculosidade do agente, pode o Juiz impor regime prisional inicialmente fechado, ainda, por óbvio, que o crime não seja hediondo, e considerando a primariedade do réu, e as circunstâncias presentes no fato delituoso, em conjunto com aquelas previstas no artigo 59 do Código Penal.

E as circunstâncias judiciais são amplamente desfavoráveis ao embargante.

O réu, professor de Educação Física das ofendidas, valendo-se dessa qualidade, praticou os atos delituosos descritos na denúncia.

O delito, neste caso, impõe o regime mais gravoso, conforme necessário à sua reprovação e prevenção, nos termos do artigo 59, c/c o artigo 33, §3º, ambos do Código Penal, **considerando-se, outrossim, a condição das vítimas, pessoas em formação, que merecem integral proteção de sua dignidade e respeito.**

[...] (fls. 32/34).

Não verifico, na hipótese, a presença de ilegalidade flagrante, apta a justificar a concessão da ordem de ofício.

Com efeito, ao contrário do alegado, o Tribunal de origem justificou a imposição do regime mais gravoso não apenas na gravidade abstrata do delito de atentado violento ao pudor (antiga redação), mas no fato de que o réu, professor de Educação Física das ofendidas, valendo-se dessa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qualidade, praticou os atos delituosos descritos na denúncia [...] considerando-se, outrossim, a condição das vítimas, pessoas em formação, que merecem integral proteção de sua dignidade e respeito. (fls. 33/34).

A propósito, *mutatis mutandis*, os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRIME PRATICADO COM EMPREGO DE DUAS ARMAS DE FOGO E CONCURSO DE MAIS DE DUAS PESSOAS. MAIOR OUSADIA E PERICULOSIDADE EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO DESPROVIDO.

- É certo que a Jurisprudência desta Corte Superior tem entendido que, fixada a pena-base no mínimo legal, a simples gravidade abstrata do crime de roubo não constitui motivação idônea para justificar a imposição do regime prisional fechado, sendo necessária a fundamentação concreta para justificar o regime prisional mais gravoso. Súmulas n. 440/STJ, 718/STF e 719/STF.

- No caso dos autos, embora a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, o regime inicial fechado foi fixado de forma concreta, sob o fundamento da existência de maior censurabilidade na conduta do réu, que praticou o delito exercendo grave ameaça mediante o emprego duas armas de fogo e concurso de mais de duas pessoas, o que demonstra sua maior ousadia e periculosidade.

- Recurso ordinário desprovido. (RHC 45.706/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015).

HABEAS CORPUS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência tem refinado o cabimento do writ, restabelecendo o alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção. Assim, verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cumprindo ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que este Tribunal defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

2. Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual a confissão espontânea, ainda que parcial, se utilizada para embasar a condenação, enseja o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. As circunstâncias concretas do crime, devidamente expostas no édito condenatório, justificam a imposição de regime fechado para o início do cumprimento da pena, ainda que a pena aplicada permita regime mais brando.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de restabelecer a pena fixada na sentença de primeiro grau, mantendo-se, todavia, o regime fechado para o início do cumprimento da pena (HC 260.573/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 31/05/2013).

Nesse contexto, conclui-se que o estabelecimento do regime fechado, in casu, encontra-se devidamente fundamentado.

Ante o exposto, não conheço do presente writ, nos termos da Súmula 568/STJ.

A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Com efeito, o fato de o réu, professor de Educação Física, ter se valido dessa condição para praticar atos libidinosos contra as vítimas, pessoas em formação, constitui motivação idônea, suficiente para justificar a imposição do regime mais gravoso – o fechado –, considerando-se tratar-se de pena reclusiva superior a 4 anos (7 anos e 6 meses), inexistindo constrangimento ilegal a ser sanado.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) MAJORANTES. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA Nº 443 DESTA CORTE. ILEGALIDADE MANIFESTA. (3) PENA DEFINITIVA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEMENTO CONCRETO. ADEQUAÇÃO. (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. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte. Ilegalidade flagrante.

3. Não obstante a estipulação da reprimenda final em patamar inferior a 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legal. Na espécie, o magistrado salienta particularidade fática (por ser a pena superior a cinco anos e considerando as circunstâncias que envolveram o delito, que foi praticado com emprego de faca e na companhia de um menor de idade, o péssimo comportamento do réu, bem como as conseqüências do crime, consistentes no temor incutido na vítima e a intranquilidade social que o roubo praticado com violência gera, nos termos dos artigos 33, § 3.º e 59 do Código Penal, deverá cumprir a pena inicialmente em regime fechado), que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente, impedindo o abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a exasperação da pena pelas majorantes para a fração de 1/3 (um terço), tornando a reprimenda definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mais 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão (HC 243.181/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 07/04/2014).

HABEAS CORPUS. HIPÓTESE DE CABIMENTO. ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL. RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. OCORRÊNCIA.

1. A jurisprudência tem refinado o cabimento do writ, restabelecendo o alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção. Assim, verificada hipótese de dedução de habeas corpus em lugar do recurso próprio, impõe-se o não conhecimento da impetração, cumprindo ressaltar que uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que este Tribunal defira ordem de ofício, como forma de desconstituir o constrangimento ilegal.

2. Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual a confissão espontânea, ainda que parcial, se utilizada para embasar a condenação, enseja o reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.

3. **As circunstâncias concretas do crime, devidamente expostas no édito condenatório, justificam a imposição de regime fechado para o início do cumprimento da pena, ainda que a pena aplicada permita regime mais brando.**

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de restabelecer a pena fixada na sentença de primeiro grau, mantendo-se, todavia, o regime fechado para o início do cumprimento da pena (HC 260.573/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 31/05/2013).

Deste modo, considerando que a decisão agravada contém suficiente fundamentação quanto ao posicionamento adotado, inexistente qualquer ilegalidade a ser sanada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto por receber os presentes embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0138706-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 326.866 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00010834620088260301 10834620088260301 26622014 308504

EM MESA

JULGADO: 01/12/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MILTON BONELLI
ADVOGADO : MILTON BONELLI - SP030944
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : M A

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : M A
ADVOGADO : MILTON BONELLI - SP030944
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro e Maria Thereza de Assis Moura.