



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.641 - SP (2013/0345620-5)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : J S F
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J S F (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

EMENTA

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

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

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.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que julgou o recurso do réu não fez qualquer menção à pretendida desclassificação do crime, ao almejado reconhecimento da forma tentada, tampouco à redução ou isenção de pena do acusado em razão de sua suposta embriaguez.

3. Tais questões deveriam ter sido arguidas no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração por este Sodalício, sob pena de se configurar a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

ALEGADA CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ÉDITO REPRESSIVO QUE EXPRESSAMENTE FAZ MENÇÃO A DEPOIMENTOS COLHIDOS NA FASE JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE.

1. Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que as instâncias ordinárias apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal.

DOSIMETRIA DA PENA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA SANÇÃO. REPRIMENDA BÁSICA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FALTA DE INTERESSE DE AGIR.

1. Não se vislumbra interesse de agir no que se refere à almejada redução da sanção imposta ao acusado, uma vez que no aresto objurgado sua pena-base foi fixada no mínimo legal.

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 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.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de junho de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.641 - SP (2013/0345620-5)

IMPETRANTE : J S F
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : J S F (PRESO)
ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado por J. S. F. em benefício próprio, apontando como autoridade coatora a 13ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que deu parcial provimento à Apelação n. 0004829-18.2011.8.26.0526.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, como incurso no artigo 217-A do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou, tendo o recurso sido parcialmente provido para reduzir a reprimenda imposta ao acusado para 8 (oito) anos de reclusão.

Sustenta o impetrante-paciente que seria alvo de constrangimento ilegal, pois sua condenação estaria fundamentada exclusivamente em provas colhidas no curso do inquérito policial, o que ofenderia o artigo 155 do Código de Processo Penal.

Entende que deveria ser aplicado, na espécie, o artigo 28 do Código Penal, já que seria viciado em bebidas alcoólicas.

Alega que o crime pelo qual restou condenado deveria ser desclassificado para a contravenção penal prevista no artigo 61 do Decreto-lei 3.688/1941.

Argumenta que a sanção que lhe foi cominada deveria ser reduzida ao mínimo legal, estabelecendo-se regime inicial menos gravoso para o seu resgate.

Aduz que se estaria diante da forma tentada do delito de estupro de vulnerável.

Requer a concessão da ordem para que seja absolvido, ou para que que seja desclassificado o crime pelo qual restou condenado ou, ainda, para que seja reconhecida a forma tentada do delito, reduzindo-se a pena que lhe foi fixada, e estabelecendo-se regime menos gravoso para o cumprimento da sanção.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Prestadas as informações (e-STJ fls. 67/68), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 99/104, manifestou-se pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 279.641 - SP (2013/0345620-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste *habeas corpus* pretende-se, em síntese, a absolvição do paciente, a desclassificação da conduta pela qual restou condenado, o reconhecimento da forma tentada do crime, ou a redução da pena que lhe foi imposta, alterando-se o regime inicial de seu cumprimento.

O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os *habeas corpus* impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea "a" do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses não ocorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas "a", "b" e "c".

Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame**.

Cumprido observar que, em se tratando de direito penal, destinado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in judicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de apelação criminal, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

O constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, quanto à pretendida desclassificação do delito, o almejado reconhecimento da forma tentada, bem como a incidência da isenção ou da redução de pena previstas no artigo 28 do Código Penal, tem-se que a impetração não pode ser conhecida.

Isso porque o acórdão que julgou a apelação interposta pela defesa não fez qualquer menção a tais teses, até mesmo porque a defesa não as suscitou ao recorrer do édito repressivo.

Há que se ressaltar que embora o recurso de apelação interposto tenha devolvido ao Tribunal de origem o exame da matéria controvertida, o acusado não pode arguir, somente nesta instância superior, questões não levantadas perante as instâncias ordinárias, o que configuraria a atuação desta Corte em indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

"O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal." (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

"A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório." (Op. cit., p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3º do Código de Processo Penal), devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação, o Tribunal Estadual não tratou da aventada desclassificação do delito, da vislumbrada ocorrência da forma tentada, bem como da isenção ou redução da pena imposta ao acusado em face de sua suposta embriaguez, questões que deveriam, por óbvio, ter sido alegadas no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. (...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. IRREGULARIDADE NA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. CONTROVÉRSIA NÃO VENTILADA PERANTE A CORTE A QUO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL LIMITADO PELA PRETENSÃO DEDUZIDA NAS RAZÕES RECURSAIS OU NAS CONTRARRAZÕES. PEDIDO QUE NÃO PODE TER O MÉRITO ANALISADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (...) ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. (...)

5. A despeito de não se descurar que se confere ao recurso de apelação efeito devolutivo amplo, esse é limitado pela pretensão deduzida nas razões recursais ou nas contrarrazões. Assim, avaliar originariamente pedido não ventilado perante a Corte a quo significaria vedada supressão de instância. (...)

7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 269.262/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2013, DJe 19/12/2013)

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE. TESES NÃO ALEGADAS NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. (...)

3. Hipótese em que as teses arguidas sequer foram objeto da apelação, razão pela qual não foram enfrentadas pelo Tribunal de origem, o que impede seu exame por esta Corte, sob pena de supressão de instância.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 131.970/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 05/09/2012)

Melhor sorte não socorre o impetrante-paciente no que se refere à prolação de sentença condenatória com base em depoimentos colhidos exclusivamente no inquérito policial.

Sobre a necessidade de a condenação estar baseada em provas produzidas sob o crivo do contraditório, a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais pátrios já disciplinavam a impossibilidade de se proferir édito repressivo fundamentado exclusivamente em elementos informativos colhidos durante o inquérito policial, no qual inexistia o devido processo legal, assentando que o juiz poderia deles se utilizar para reforçar seu convencimento, desde que corroborados por provas produzidas durante a instrução processual.

Nesse sentido, confira-se a lição doutrinária:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"(...) O conteúdo do inquérito, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público os elementos necessários para a propositura da ação penal, não poderá deixar de influir no espírito do juiz na formação de seu livre convencimento para o julgamento da causa, mesmo porque integra os autos do processo, podendo o juiz apoiar-se em elementos coligidos na fase extrajudicial. Como bem assinala Silvio Di Filippo, de acordo com o princípio do livre convencimento que informa o sistema processual penal, as circunstâncias indicadas nas informações da polícia podem constituir elementos válidos para a formação do convencimento do magistrado. Certamente, o inquérito serve para colheita de dados circunstanciais que podem ser comprovados ou corroborados pela prova judicial e de elemento subsidiário para reforçar o que for apurado em juízo. Não se pode, porém, fundamentar uma decisão condenatória apoiada exclusivamente no inquérito policial, o que contraria o princípio constitucional do contraditório. Essa conclusão ficou reforçada com as garantias processuais estabelecidas pela Constituição de 1988, embora já presente na jurisprudência." (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 83.)

Adotando tal entendimento, o legislador ordinário, buscando dar maior efetividade às garantias constitucionais previstas para os acusados em processo penal, estabeleceu expressamente a vedação à condenação baseada exclusivamente em provas produzidas no inquérito policial, conforme se infere da nova redação do artigo 155 do Código de Processo Penal, dada com o advento da Lei 11.690/2008, *verbis*:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Na hipótese dos autos, depreende-se que o Juízo singular considerou comprovada a autoria atribuída ao paciente, condenando-o pela prática do delito de estupro de vulnerável, baseando-se tanto nas declarações prestadas pela vítima e testemunhas em sede policial, quanto nos depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório (e-STJ fls. 70/73).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido são as conclusões do aresto objurgado, no qual se consignou que a vítima, tanto perante a autoridade policial quanto em juízo, teria confirmado ter sido abusada pelo paciente, sendo que a sua avó, conquanto tenha modificado seu depoimento judicial, teria atestado a ocorrência dos fatos na delegacia, afirmação que estaria de acordo com as demais provas colhidas no processo, notadamente as declarações extrajudiciais e judiciais da mãe da ofendida (e-STJ fl. 79).

Ademais, não há falar em falta de provas aptas a comprovar a autoria delitiva imputada ao paciente.

Isso porque o magistrado de origem, ao proferir a sentença condenatória, após proceder ao cotejo do contexto probatório, formou seu livre convencimento, concluindo pela existência de autoria e materialidade assestadas ao paciente, fundamentando sua decisão nos elementos de convicção colhidos no inquérito policial e na instrução processual, o que restou confirmado pela Corte *a quo*.

Frise-se que, para se entender de modo diverso e desconstituir o édito repressivo como pretendido no *writ*, seria necessário o exame aprofundado do conjunto probatório produzido no feito, providência que é inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que motivadamente.

Com efeito, a estreita via do *mandamus* não permite análise dilatada de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram o seu convencimento, especialmente como na hipótese, em que a sentença apresentou fundamentação suficiente à condenação do paciente pela prática do crime de furto, sendo indubitável que, para se concluir de forma diversa, é imprescindível, repita-se, adentrar-se e proceder-se a exame minucioso do conjunto probatório, providência que é inviável de ser adotada no âmbito do presente remédio constitucional, diante da celeridade do seu rito procedimental.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. (...) CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. TESE DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE MATÉRIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. PALAVRA DA VÍTIMA, QUE, DE QUALQUER FORMA, NOS CRIMES DE ESTUPRO. É ELEMENTO PROBATÓRIO DE RELEVANTÍSSIMO VALOR. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

3. As instâncias ordinárias, após minucioso exame do conjunto fático-probatório dos autos, concluíram pela existência de elementos coerentes e válidos a ensejar a condenação do Paciente pelo delito de estupro com violência presumida. Assim, para se acolher a tese relativa à absolvição por insuficiência de provas, seria necessário reapreciar exaustivamente todo o conjunto fático-probatório dos autos, o que se mostra incabível na via do habeas corpus.

(...)

5. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 273.447/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 CPP. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Hipótese em que se busca a absolvição do ora agravante ou anulação do processo desde a oitiva das testemunhas.

2. Entretanto, não é possível, nesta via estreita do habeas corpus, analisar pedidos desse jaez, onde é necessário revolvimento fático-probatório.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 211.510/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014)

Dessa forma, tendo as decisões impugnadas asseverado que há provas da ocorrência do delito e da autoria assestada ao paciente, e apresentado fundamentação idônea e suficiente à sua condenação, não há que se falar em desconstituição do édito repressivo, pois, de uma superficial análise do contexto fático-probatório contido no remédio constitucional, não se evidencia o alegado constrangimento ilegal.

Ademais, não se vislumbra interesse de agir no que se refere à almejada redução da sanção imposta ao acusado, uma vez que no aresto objurgado sua pena-base foi fixada no mínimo legal (e-STJ fls. 82/83).

Finalmente, quanto à necessidade de estabelecimento de regime menos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso para o cumprimento da pena, razão assiste ao impetrante-paciente.

Após fixar a pena do acusado no mínimo legal - 8 (oito) anos de reclusão), a autoridade apontada como coatora manteve o modo fechado para o início do resgate da sanção nos seguintes termos:

"Mantida, por fim, a regência carcerária mais severa, que decorre da natureza do crime, delito de inegável gravidade, definido como hediondo (art. 1º, VI, da Lei 8.072 de 1990)." (e-STJ fl. 83).

Da leitura do trecho acima, vê-se que não há fundamentos concretos, baseados em circunstâncias que não digam respeito a elementos do fato típico em si, aptos a embasar a determinação do início do cumprimento da reprimenda em regime mais rigoroso, evidenciando que o aresto encontra-se em dissonância com o entendimento deste Tribunal Superior, que é assente no sentido de que, favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do regime prisional mais severo, em observância ao disposto no artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, *verbis*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso.

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) 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;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Nesse diapasão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º, II, C.C. ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI N.º 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC N.º 111.840/ES.

REPRIMENDA DEFINITIVA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. RECURSO PROVIDO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos foi superada pela Suprema Corte, de modo que a mera natureza do crime não configura fundamentação idônea a justificar a fixação do regime mais gravoso.

2. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas n.º 718 e n.º 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. Na espécie, a reprimenda repousou em 6 (seis) anos de reclusão, bem como a pena-base foi fixada no mínimo legal, sendo que o regime mais gravoso foi estabelecido apenas pela natureza hedionda do crime.

3. Recurso provido para estabelecer o regime inicial semiaberto.

(RHC 39.127/MT, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014)

A matéria, inclusive, encontra-se sumulada na Suprema Corte, nos enunciados 718 e 719, a saber:

"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."

Dessa forma, mostra-se razoável o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o resgate da reprimenda imposta ao paciente, já que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis e o estupro, na forma de apalpamento da ofendida, não se revestiu de particularidades que indicassem sua maior gravidade.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do *writ*, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, apenas para fixar o regime semiaberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o cumprimento da pena imposta ao paciente.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0345620-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 279.641 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00048291820118260526 1782011 48291820118260526 5260120110048296

EM MESA

JULGADO: 10/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : J S F

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : J S F (PRESO)

ADVOGADO : RAFAEL RAMIA MUNERATTI - DEFENSOR PÚBLICO

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

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 Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.