



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.033 - SP (2018/0139999-2)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO
ADVOGADO : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : C R C (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TENTATIVA DE ESTUPRO. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PENA INFERIOR A 4 ANOS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE RECONHECIDA. O REGIME MAIS GRAVOSO, NA HIPÓTESE, É O SEMIABERTO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida segundo 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. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal – CP.

3. É firme 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. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: *"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 hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na fixação do regime prisional, uma vez que as instâncias ordinárias, após estabelecer a pena corporal em 2 anos de reclusão, fixou o regime inicial fechado. Entretanto, ainda que o paciente seja primário e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, consignou-se na origem que o comportamento do acusado revela-se claramente voltado à perversão sexual, pois, mesmo estando em liberdade provisória, molestou sexualmente a vítima, à noite, desrespeitando as condições da liberdade provisória, o que demonstra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.

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 e conceder, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de dezembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.033 - SP (2018/0139999-2)

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
IMPETRANTE : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO
ADVOGADO : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : C R C (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em benefício de C R C, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no julgamento da Apelação Criminal n. 0007744-12.2014.8.26.0566.

Extrai-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 2 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 213, *caput*, c.c o art. 14, II, ambos do Código Penal – CP (tentativa de estupro).

Em sede de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso defensivo, mantendo a sentença de piso, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - TENTATIVA DE ESTUPRO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DESCABIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE SE REVELOU UNÍSSONO EM DEMONSTRAR A MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA CONTRAVENCIONAL DE IMPORTUNAÇÃO OFENSIVA AO PUDOR - NÃO ACOLHIMENTO - PENAS BEM DOSADAS - REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO - RECURSO NÃO PROVIDO (fl. 46).

Daí a presente impetração, na qual a defesa aponta constrangimento ilegal na fixação do regime inicial fechado, com base na natureza hedionda do crime. Ressalta que o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Invoca as Súmulas n. 440 do Superior Tribunal de Justiça – STJ e ns. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal – STF.

Requer, em liminar, a imediata condução do paciente ao regime semiaberto, até o julgamento final do presente *writ*, e, no mérito, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O pedido liminar foi indeferido (fls. 78/79).

O Ministério Público Federal opinou *"pela manutenção da decisão impugnada, cassando-se a liminar concedida. Caso se entenda pela carência de fundamentos no acórdão atacado, opina pela parcial concessão da ordem, apenas para que se anule a decisão na parte relativa ao regime, e outra seja proferida"* (fls. 83/94).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 454.033 - SP (2018/0139999-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (RELATOR):

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.

Conforme relatado, busca-se, na presente impetração, a fixação do regime inicial aberto para cumprimento da pena.

O Juízo de primeiro grau aplicou a pena e fixou o regime prisional sob a seguinte fundamentação:

*Procede a acusação. Passo a fixar a pena. Fixo a pena base no mínimo legal. Considerando o iter percorrido, que foi de minuto, em razão da tentativa, reduzo a pena de 2/3, perfazendo o total de 2 anos de reclusão. Não somente pelo que a natureza do delito tentado, que é hediondo, determina, mas principalmente em razão das **circunstâncias que acompanham este caso, a fixação do regime deve estar em sintonia com o comportamento do acusado que revela-se claramente voltado à perversão sexual. Mesmo estando em liberdade provisória copiosamente molestou sexualmente Ellen Amanda. Mais que isso, o fez à noite, conforme demonstra indubitavelmente a prova. O acusado alegou que quando foi detido (fls. 136/138) desrespeitou as condições da liberdade provisória porque tinha que ir até onde estava sua esposa a fim de acompanhá-la até sua casa. Referida explicação, além de não comprovada, não justifica o descumprimento das condições fixadas para usufruir a liberdade provisória, isso por si só é suficiente para demonstrar que o acusado não possui minimas condições de compreender a reprovabilidade de sua conduta senão através da reação em regime fechado, pois o regime aberto já está claramente demonstrado como inadequado devido à sua incapacidade para cumpri-lo. Assim, diante dos elementos de convicção acima exposto, fixo o regime fechado para início do cumprimento de pena, e pelos mesmos motivos, não cabe a substituição da pena reclusiva por restritiva de direitos, nem o sursis (fls. 40/41).***

O Tribunal de Justiça estadual manteve a pena imposta e o regime prisional fixado. Transcrevo, no ponto, o seguinte fragmento do acórdão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Passo, então, à análise da dosimetria das penas.

Na primeira fase, a pena-base foi escorreiamente fixada no mínimo legal, pois as circunstâncias judiciais não são desfavoráveis, perfazendo um total de 06 anos de reclusão.

Na segunda fase, não incide agravante ou atenuante.

Na terceira fase, em razão da tentativa, a pena foi reduzida em 2/3, resultando em 02 anos de reclusão.

Por fim, o regime fechado para início de cumprimento de pena é o único adequado ao caso sob análise, e é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44, inciso I, do Código Penal, uma vez que o crime foi cometido com violência (fl. 51).

Sobre o regime prisional, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional, nesses casos, deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do CP.

Por outro lado, 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 ou em outra situação que demonstre efetivamente um *plus* na gravidade do delito. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, e os enunciados ns. 718 e 719 da Súmula do col. Supremo Tribunal Federal, verbis:

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."

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."

Na hipótese dos autos, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na fixação do regime prisional, uma vez que as instâncias ordinárias, após estabelecer a pena corporal em 2 anos de reclusão, fixou o regime inicial fechado.

Entretanto, ainda que o paciente seja primário e a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, consignou-se na origem que o comportamento do acusado revela-se claramente voltado à perversão sexual, pois, mesmo estando em liberdade provisória, copiosamente molestou sexualmente a vítima, à noite, desrespeitando as condições da liberdade provisória, o que demonstra uma maior reprovabilidade na conduta do paciente, justificando o regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal. Inaplicável, portanto, os enunciados das Súmulas n. 440/STJ e n. 718/STF.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO. DOSIMETRIA. PENA APLICADA SUPERIOR À 4 (QUATRO) E NÃO EXCEDENTE À 8 (OITO) ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO A ENSEJAR A NECESSIDADE DO REGIME MAIS GRAVOSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, cumpre registrar que o Plenário do col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. 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.

III - No presente caso, o regime adequado à hipótese é o inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, uma vez que, a despeito do montante final da pena autorizar o regime semiaberto, depreende-se do acórdão objurgado que houve fundamentação idônea a lastrear a aplicação do regime mais gravoso, vale dizer, "as circunstâncias do caso, em especial o emprego de violência física e de ameaças com emprego de uma espada, evidenciam a gravidade concreta da conduta, de modo que a manutenção do regime fechado é medida que se impõe." Precedentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido (HC 473.907/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 12/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE DENOTAM MAIOR GRAVIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS 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 e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O STF, no julgamento do HC n. 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2.º da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. Assim, o regime prisional deverá ser fixado em obediência ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º e art. 59, ambos do Código Penal - CP.

3. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime prisional mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte, que prevê: "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."

No caso dos autos, a Corte estadual ressaltou a gravidade exacerbada do delito, em que o acusado, aproveitando-se da confiança que tinha por manter laços de amizade com a genitora da ofendida, frequentadora assídua de sua casa, utilizava tais momentos para abusar sexualmente da vítima, uma criança de apenas oito anos de idade, justificando o regime prisional mais gravoso, exatamente nos termos do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP.

[...]

Habeas corpus não conhecido (HC 433.599/SP, de minha relatoria, QUINTA TURMA, DJe 07/06/2018)

HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A). DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO. MODO PRISIONAL MAIS SEVERO FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE CONCRETA. PRÁTICA DO DELITO EM FACE DE VÍTIMA DE 3 ANOS DE IDADE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. **A jurisprudência desta Corte superior admite a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixação do regime inicial mais gravoso, qual seja, o fechado, com fundamento na gravidade concreta do delito, ainda que a reprimenda final seja superior a 4 anos e inferior a 8 anos de reclusão.

2. Não obstante o ilícito previsto no art. 217-A do Código Penal só seja caracterizado quando praticado contra vítimas menores de 14 anos, o fato de a vítima possuir apenas 3 anos de idade demonstra a maior reprovabilidade da conduta, justificando a escolha do modo prisional mais severo.

3. Habeas Corpus denegado (HC 453.585/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento do habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, quanto à fixação do regime prisional, firmou-se no sentido de que é necessária a apresentação de motivação concreta, fundada nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, na primariedade do acusado e na gravidade concreta do delito, evidenciada esta última por um modus operandi que desborde dos elementos normais do tipo penal violado.

3. No caso, embora o paciente seja primário, condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, o regime mais gravoso foi estabelecido mediante fundamentação concreta - os réus demonstraram maior periculosidade ao abordarem a vítima no local onde realizavam tratamento ambulatorial ("CAPS") e a conduziram, sob grave ameaça, até a casa de um deles para a prática de conjunção carnal.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido (HC 415.160/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 04/12/2017)

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus* e pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto para cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0139999-2

HC 454.033 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00077441220148260056 0017572014 17572014 20150000773644 4352014 7162014
77441220148260056 9732014

EM MESA

JULGADO: 11/12/2018
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO
ADVOGADO : RENATO VIEIRA DE MAGALHAES NETO - SP0399407
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : C R C (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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.