



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.523 - RJ (2014/0327823-2)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
THAIS DOS SANTOS LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : C L M B

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA FIXADA EM 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA HEDIONDA DO CRIME. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. Hipótese na qual o réu foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, tendo o regime prisional fechado sido estabelecido, exclusivamente, em razão da natureza hedionda do crime de estupro, sem a devida observância dos ditames dos arts. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
3. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).
4. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.
5. Se a pena restou consolidada no mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se injusta e desproporcional a fixação do regime mais severo para o desconto da sanção corporal imposta ao acusado.
6. Conforme o entendimento consolidado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, se as circunstâncias judiciais não implicaram aumento da pena-base, não se admite a fixação de regime prisional mais severo ao indicado pela quantidade da pena imposta, em razão da gravidade abstrata do crime de estupro de vulnerável.
7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

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,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não conhecer do pedido de *habeas corpus* e conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.523 - RJ (2014/0327823-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
THAIS DOS SANTOS LIMA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : C L M B

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de **C. L. M. B.**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 217-A do Código Penal, não sendo a ele permitido recorrer em liberdade.

Da sentença, a Defensoria Pública interpôs apelação perante o Colegiado de origem, que restou desprovido, nos termos da seguinte ementa:

"Apelação. Estupro de vulnerável. Recurso da defesa pugnando, preliminarmente, a nulidade do processo em razão da não observância do sistema *Cross Examination* quando da inquirição das testemunhas. No mérito, pretende a absolvição, sob a alegação de insuficiência probatória ou, subsidiariamente, seja reconhecida a tentativa, e fixado regime mais brando para o início do cumprimento da pena. Não tendo sido suscitada pela Defesa Técnica tal nulidade relativa no momento oportuno (durante a realização da AIJ), ocorreu a preclusão da matéria. Por outro lado, não restou comprovado qualquer prejuízo decorrente da pretensa nulidade que ora procura a Defesa ver declarada, tal como determina o art. 563, do Código de Processo Penal. No mérito, de igual forma, o pedido absolutório por falta de provas não pode ser acolhido. Restou comprovado que o Apelante praticou contra a vítima, de apenas 12 anos de idade, ato libidinoso diverso da conjunção carnal, consistente em acariciar a genitália, os seios e as pernas da lesada, além de apertar os seus seios e tentar dar um beijo em sua boca. Igualmente impossível a figura da tentativa. Isso porque, no caso, o acusado acariciou a genitália, os seios e pernas da vítima, além de apertar os seus seios e tentar dar um beijo em sua boca, configurando, portanto, o delito consumado. Igualmente correto o regime fechado, tendo em vista a quantidade de pena aplicada (08 anos de reclusão)." (e-STJ, fl. 23-24.)

Não se conformando com o acórdão, impetrou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: a) "é certo que não há, nestes autos, embasamento para ensejar aumento da pena-base do paciente, pelo que o acórdão fixou-a em seu patamar mínimo"; b) "ao fixar a pena-base no mínimo legal, deixou de adequar o regime inicial de seu cumprimento, mantendo-o fechado"; c) "a primariedade do Paciente, a fixação da pena base no mínimo legal e a pena privativa de liberdade concretizada pelo acórdão - 8 anos - impõe a fixação do regime inicial semiaberto, sob pena de afrontar os enunciados das Súmulas 440 do Superior Tribunal de Justiça e 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal" (e-STJ, fls. 1-6).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao final, requer a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena ou, ainda, reconhecido o decurso do prazo legal de 1/6 para a progressão do paciente para o regime intermediário.

Pleito de liminar deferido para garantir ao paciente o direito de aguardar o julgamento do mérito da impetração em regime semiaberto, se por outro motivo não estivesse descontando pena em meio mais severo (e-STJ, fls. 45-46).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem de ofício (e-STJ, fls. 82-86).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 311.523 - RJ (2014/0327823-2)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
THAIS DOS SANTOS LIMA - DEFENSORA PÚBLICA**

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PACIENTE : C L M B

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. PENA FIXADA EM 8 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO. NATUREZA HEDIONDA DO CRIME. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Hipótese na qual o réu foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, tendo o regime prisional fechado sido estabelecido, exclusivamente, em razão da natureza hedionda do crime de estupro, sem a devida observância dos ditames dos arts. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. O Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).

4. Deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Se a pena restou consolidada no mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se injusta e desproporcional a fixação do regime mais severo para o desconto da sanção corporal imposta ao acusado.

6. Conforme o entendimento consolidado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719 do STF, se as circunstâncias judiciais não implicaram aumento da pena-base, não se admite a fixação de regime prisional mais severo ao indicado pela quantidade da pena imposta, em razão da gravidade abstrata do crime de estupro de vulnerável.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

Assevera o impetrante que, por ser primário e com circunstâncias judiciais favoráveis, não lhe poderia ser negado o direito de cumprir a pena, inicialmente, em regime semiaberto.

Com efeito, na sentença condenatória, afirmou o Magistrado processante:

"A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado", de acordo com a nova redação do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.172/90, alterado pela Lei 11.464/07" (fl. 17). " (e-STJ, fls. 7-10.)

O Colegiado *a quo*, por seu turno, desproveu o apelo defensivo nos seguintes termos:

"Quanto à dosimetria, o juízo de piso a fixou corretamente da seguinte maneira: O réu é primário e ostenta bons antecedentes, conforme se verifica em sua FAC de f. 29/30. O dolo do réu não excedeu o exigido pelo tipo e as circunstâncias do fato foram normais para o caso, notando-se pelas provas constantes dos autos, inclusive o estudo social de f. 31/32 que não houve maiores consequências. Atento a essas circunstâncias e às demais previstas no artigo 59 do CP, fixo a pena base para o crime tipificado no art. 217-A em 08 anos de reclusão. Torno-a definitiva ante a ausência de outras causas de alteração de pena previstas em lei. A pena reclusiva será cumprida em regime inicialmente fechado, de acordo com o disposto na nova redação do artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90, alterado pela Lei 11.464/07." (e-STJ, fl. 27.)

Como é cediço, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afirmando que, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC 111.840/ES, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 17/12/2013).

Nesse diapasão, deve-se utilizar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a norma do art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Corte:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. RÉU CONDENADO À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS QUE JUSTIFICAM A NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME PRISIONAL FECHADO ESTABELECIDO SEM FUNDAMENTAÇÃO E MANTIDO COM BASE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NA HEDIONDEZ DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]

- O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

- Hipótese em que o regime fechado foi estabelecido, na sentença, sem fundamentação e mantido, no acórdão, com base na hediondez e na gravidade abstrata do crime, que não constituem motivação idônea para a fixação de regime mais gravoso.

- Considerando a pena de 5 anos de reclusão, a primariedade do acusado, a análise favorável dos vetores do art. 59 do Código Penal e tendo em vista a quantidade e a diversidade da droga apreendida, deve ser fixado, nos termos do art. 33, § 2º, "b", e § 3º, do Código Penal, o regime semiaberto para cumprimento da pena do ora paciente.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para estabelecer o regime semiaberto em favor do paciente." (HC 301.828/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 26/10/2015, grifou-se.)

"PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. REGIME PRISIONAL FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
[...]

III - O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, ao considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07, concluiu ser possível, o afastamento da obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

IV - A hediondez do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso para o cumprimento de pena. Faz-se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos artigos 33, § 2º, alínea b, e §3º, do CP (precedentes).

V - Nos termos do Enunciado Sumular nº 719/STF: "A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea".

VI - Na hipótese, o paciente é primário, a quantidade da pena aplicada, 7 (sete) anos de reclusão, é superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) e a pena base foi fixada no mínimo legal em razão da ausência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, motivos suficientes a ensejar o estabelecimento do regime inicial semiaberto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena."
(HC 328.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 01/10/2015, grifou-se.)

No caso em apreço, como a pena restou consolidada no mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de reclusão, mostra-se injusta e desproporcional a fixação do regime mais severo para o desconto da sanção corporal imposta ao acusado.

Ainda, conforme o entendimento consolidado nas Súmulas 440 do STJ e 718 e 719/STF, se as circunstâncias judiciais não implicaram aumento da pena-base, não se admite a fixação de regime prisional mais severo ao indicado pela quantidade da pena imposta, em razão da gravidade abstrata do crime de estupro de vulnerável.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. De ofício, **concedo** a ordem para estabelecer o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0327823-2

HC 311.523 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00445120720128190014 146024832012 445120720128190014

EM MESA

JULGADO: 02/02/2016
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO THAIS DOS SANTOS LIMA - DEFENSORA PÚBLICA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: C L M B

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 Felix Fischer, Jorge Mussi, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.