



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.432 - DF (2010/0032531-4)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : ANTONIO CARLOS ALVES LINHARES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : I B DE S

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, NA FORMA TENTADA (ART. 213 C.C. OS ARTS. 224, ALÍNEA A, e 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). VÍTIMA DE DOIS ANOS E SETE MESES DE IDADE. DELITO PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL FIXADO NOS TERMOS DO ART. 33, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. O crime de estupro de vulnerável, na forma tentada, foi praticado em 27/08/2006, antes da vigência da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, o que faz incidir o art. 33, § 3.º, do Código Penal, acarretando a fixação do regime prisional com base na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

2. Nesse contexto, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável – relativa às circunstâncias de fato e o *modus operandi* –, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 3.º, do Código Penal, o qual dispõe que "[a] *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

3. Ao contrário do que faz crer o Impetrante, uma vez enfrentada a questão relativa ao regime prisional, é cabível ao julgador, em sede de *habeas corpus*, aplicar o direito à espécie – no caso, aplicar o art. 33, § 3.º, do Código Penal, ao invés de aplicar, retroativamente, o art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei n.º 11.464/07.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

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, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 06 de março de 2012 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.432 - DF (2010/0032531-4)

IMPETRANTE : ANTONIO CARLOS ALVES LINHARES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS
PACIENTE : I B DE S

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de I. B. de S., em face de acórdão proferido pela 2.^a Turma Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, nos autos da apelação n.º 2006.03.1.018363-3.

Consta dos autos que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ofereceu denúncia contra o Paciente, como incurso nas sanções previstas nos arts. 213, c.c. os arts. 224, alínea *a*, e 14, inciso II, todos do Código Penal, nos seguintes termos:

*"No dia 27 de agosto de 2006, por volta das 17h30, no interior de um dos cômodos existentes na QNN 03, I, lote 21, desta cidade [Ceilândia-DF], o denunciado, com vontade livre e consciente, tentou constranger a menor S. C. C. S. , que contava com **dois anos e sete meses de idade**, mediante violência presumida, a praticar consigo conjunção carnal, tentando introduzir seu pênis na vagina da vítima.*

Consta que na data mencionada, outro morador do mesmo local ouviu os gritos da vítima, vindos do cômodo habitado pelo denunciado. Como os gritos eram intensos e a porta do local estava trancada, tal morador a arrombou, encontrando o denunciado nu, deitado sobre a menor, que também estava nua. Visto que alguns populares começaram a agredir o denunciado, a polícia foi acionada, vindo a prendê-lo em flagrante." (fl. 36)

Sobreveio a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Ceilândia/DF, que julgou procedente a denúncia, condenando o Paciente à pena de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime fechado.

Inconformado com a sentença, o Paciente interpôs apelação, pleiteando, em preliminar, a nulidade do processo em face da ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal em relação ao crime de estupro, sob o argumento de que o *Parquet* estaria infringindo o art. 225, do Código Penal. No mérito, pugnou pela absolvição, sob a alegação de insuficiência probatória. Pediu, ainda, alternativamente, a redução da pena-base para o patamar mínimo legal, sob o fundamento de que o magistrado singular considerou a tenra idade da vítima para fixar a pena-base acima do mínimo legal, requerendo, por fim, a fixação do regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto para o cumprimento da pena.

Em 12/11/2009, a 2.^a Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios negou provimento ao recurso, o que se vê da seguinte ementa:

"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 213, C/C OS ARTIGOS 224, 'A' E 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA PROVADAS. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INCABÍVEL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não há de se falar em absolvição com o supedâneo no princípio do in dubio pro reo se o conjunto probatório é firme e seguro quanto à autoria delitiva.

2. É cediço que a pena-base não poderá ser fixada no patamar mínimo legal se as circunstâncias judiciais não forem favoráveis ao réu.

3. Em observância à nova redação do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, alterado pela Lei 11.464/2007, o regime inicial para o cumprimento da pena do crime previsto no artigo 213, c/c os artigos 224, 'a' e 14, inciso II, todos do Código Penal, deve ser o fechado.

4. Recurso conhecido e desprovido." (fl. 41)

Contra essa decisão, foi impetrado o presente writ, sustentando que a fixação do regime fechado para o cumprimento da pena, com base na Lei n.º 11.464/07, viola o princípio da irretroatividade da lei penal, uma vez que o delito foi praticado em 27/08/2006. Pede, liminarmente, seja determinado ao Juízo das Execuções que se abstenha de executar a pena até o julgamento do presente *mandamus*. No mérito, requer a concessão da ordem para determinar a fixação do regime inicial semiaberto em favor do Paciente.

As informações foram dispensadas, por estarem os autos devidamente instruídos.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer de fls. 64/67, cuja a ementa é a seguinte:

"Habeas Corpus. Estupro com violência presumida, na modalidade tentada. Crime hediondo praticado antes da edição da Lei nº 11.464/2007. Aplicação das regras do artigo 33, c/c 59, ambos do Código Penal. Regime inicial fechado. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Pena-base fixada acima do mínimo legal. Ausência de constrangimento ilegal.

Parecer pela denegação da ordem" (fl. 64)

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 163.432 - DF (2010/0032531-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL, NA FORMA TENTADA (ART. 213 C.C. OS ARTS. 224, ALÍNEA A, e 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL). VÍTIMA DE DOIS ANOS E SETE MESES DE IDADE. DELITO PRATICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.464/07. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL CONFIGURADA. REGIME PRISIONAL FIXADO NOS TERMOS DO ART. 33, § 3.º, DO CÓDIGO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. O crime de estupro de vulnerável, na forma tentada, foi praticado em 27/08/2006, antes da vigência da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, o que faz incidir o art. 33, § 3.º, do Código Penal, acarretando a fixação do regime prisional com base na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

2. Nesse contexto, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável – relativa às circunstâncias de fato e o *modus operandi* –, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 3.º, do Código Penal, o qual dispõe que "[a] *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

3. Ao contrário do que faz crer o Impetrante, uma vez enfrentada a questão relativa ao regime prisional, é cabível ao julgador, em sede de *habeas corpus*, aplicar o direito à espécie – no caso, aplicar o art. 33, § 3.º, do Código Penal, ao invés de aplicar, retroativamente, o art. 2.º, § 1.º, da Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei n.º 11.464/07.

4. Ordem denegada.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Conforme se constata dos autos, o Juízo sentenciante, no que foi corroborado pelo Tribunal de origem, estabeleceu, na primeira fase de fixação da pena, a pena-base do Paciente acima do mínimo legal, em 7 (sete) anos de reclusão. Posteriormente, reduziu a pena pela tentativa no patamar de 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão (fl. 24).

A esse respeito, por importante, transcrevo o seguinte trecho da sentença, quanto à dosimetria da pena, *in verbis*:

"PASSO À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

O Agente é primário e não ostenta qualquer outra anotação em sua folha penal (fl. 234), o que permite identificar seus bons antecedentes e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nada há nos autos que revele que sua personalidade é voltada para o crime ou mesmo que sua conduta social é inadequada.

O motivo para a prática delituosa foi o inerente ao tipo penal, ou seja, a satisfação da própria lascívia, **as circunstâncias do fato demonstraram o elevado grau de reprovação da conduta dada à insensibilidade do denunciado com a pouca idade da ofendida, que não possuía qualquer possibilidade de reação, situação que justifica a exarcebção da reprimenda em atendimento aos critérios que regem sua individualização** e as consequências foram as comuns ao delito, especialmente por não ter ocorrido a sua consumação.

Atento a essas diretrizes e por considerar que as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis ao réu **fixo a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão.**

Ante a inexistência ausência (sic) de circunstâncias atenuantes ou agravantes ou mesmo outras causas de diminuição ou aumento a serem consideradas, por verificar que o crime não se consumou embora percorridos quase que integralmente os atos executórios **reduzo a pena em 1/3 (um terço)**, conforme autoriza o art. 14, parágrafo único, do Código Penal e **A TORNO DEFINITIVA EM 4 (QUATRO) ANOS E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO.**

De acordo com o artigo 2º, § 1.º da lei nº 8.072/90, alterado pela lei 11.464/07, determino o cumprimento inicial da pena no **regime FECHADO.**

[...]" (fl. 24).

O Tribunal local, por sua vez, em sede de apelação, confirmou as razões de decidir do juízo sentenciante, consignando o seguinte:

"[...]"

Restou devidamente provado, nos autos, que IRON BENTO DE SOUZA somente não consumou o crime de estupro contra a menor S.C.C.S. por motivos alheios à sua vontade.

Em depoimento na fase judicial, à fl. 196, a testemunha RONE TO GOMES DOS SANTOS narrou **com riqueza de detalhes a dinâmica dos fatos. Vejamos:**

'Que quanto aos fatos descritos na denúncia, informa que é morador do mesmo lote em que o denunciado residia e na data mencionada na denúncia, assim que o depoente acordou, sua sogra lhe disse que o 'velho estava sozinho com uma criança'; que o depoente permaneceu em sua residência e pouco depois ouviu o choro de uma criança na casa do acusado; que em razão deste fato **o depoente arrombou a porta da casa do réu com um chute e quando isso ocorreu o depoente constatou que Iron estava nu sobre a criança que também estava despida; que o depoente empurrou o denunciado quando ele tentava se levantar e constatou que ele estava 'com o pênis duro';** que o depoente agarrou a menina e saiu rapidamente do cômodo e relatou as (sic) vizinhos que o acusado estava



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estuprando a criança; que os vizinhos ingressaram na casa do acusado e lhe deram uma 'taca' com isso querendo informar que o acusado foi agredido; que o depoente **constatou que a criança estava com vermelhidão na região da vagina, mas ela não apresentava qualquer sangramento; que na ocasião em que viu o acusado com o pênis ereto ele não usava preservativo**; que o depoente informa que não agrediu o acusado e não sabe precisar quem seriam os autores da agressão, pois na ocasião que os policiais (sic) chegaram o acusado estava desacordado e nu, deitado fora da casa e a criança estava na companhia de uma vizinha que a levaria para à delegacia; que pelo percebeu o acusado aparentava estar embriagado; que o depoente não conhece a mãe da menor, mas salvo engano ela residiu uma durante uma semana em companhia do acusado; que a criança não forneceu qualquer esclarecimento sobre o fato e apenas chorava'.

No mesmo sentido foi o depoimento da testemunha LEONARDO PEREIRA DOS SANTOS, em juízo, à fl. 197. Vejamos:

*"Que na data mencionada da denúncia o depoente estava na área do lote, mas na parte da frente onde há uma lanchonete e a mulher de Roneto informou ao depoente que uma criança estava chorando e gritandona (sic) casa do acusado; que o depoente acompanhou a testemunha Roneto até a casa do acusado e tentou abrir a porta, mas ela estava fechada e em seguida Roneto arrombou a porta da casa; que **nesse momento o depoente observou que o denunciado estava nu, deitado sobre a criança que também estava despida; que o denunciado foi tirado de cima da criança e o depoente constatou que ele estava com o pênis em ereção**; que o depoente informa que chegou a agredir o denunciado assim como os demais vizinhos do lote e das imediações do local; que o réu tentou justificar o ato informando que estava 'trocando a criança', ou seja, colocando roupas nela; que o depoente **observou que na região da vagina da criança apresentava vermelhidão.**"*

Constata-se que as testemunhas depuseram de forma precisa e coerente sobre a dinâmica dos fatos, não deixando dúvidas acerca da autoria delitiva.

[...]

Passo à análise da pena fixada ao réu IRON BENTO DE SOUSA.

No que tange ao pleito de redução da pena-base sob a alegação de que o ilustre juiz sentenciante considerou a tenra idade da vítima para fixar a pena-base acima do mínimo legal, violando, assim, o princípio do 'ne bis in idem', entendo que este não merece prosperar.

O MM juiz sentenciante valorou as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e fixou a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão.

O ilustre juiz sentenciante, à fl. 259, ao analisar as circunstâncias judiciais, assim asseverou, in verbis:

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, no que concerne ao pleito de alteração do regime fixado para o cumprimento da pena, melhor sorte não lhe assiste.

Em observância à nova redação do artigo 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, alterado pela Lei 11.464/2007, o regime inicial para o cumprimento da pena deve ser o fechado, motivo por que deve ser mantido.

[...]" (fls. 45/46; sem grifos no original).

Como se pode ver da leitura da fundamentação da sentença e do acórdão condenatório, constata-se que a imposição do regime prisional mais gravoso se deu com supedâneo no art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.072/90, com redação determinada pela Lei n.º 11.464/2007.

Tal ponto está a merecer reparos, porquanto o entendimento consagrado nesta Corte é no sentido de que a previsão constante da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, a qual estabelece, em seu art. 1.º, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado independentemente do *quantum* de pena aplicado – por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu.

No caso dos autos, o crime foi praticado em 27/08/2006, antes da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, o que faz incidir o art. 33, § 3.º, do Código Penal, acarretando a fixação do regime prisional com base na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal Brasileiro.

A propósito, confirmam-se os seguinte julgados:

"HABEAS CORPUS. ESTUPRO TENTADO. ART. 213 C/C O ART. 14, II DO CPB. PENA: 2 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. TESE CUJO ACOLHIMENTO EXIGIRIA PROFUNDA IMERSÃO NO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CRIME COMETIDO EM 22.05.2005, ANTES DE ENTRAR EM VIGOR A LEI 11.464/07. NÃO OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. RÉU REINCIDENTE. REGIME SEMIABERTO. SÚMULA 269 DO STJ. PARECER DO MPF PELA PARCIAL CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA APENAS PARA FIXAR O REGIME SEMIABERTO.

1. O acórdão afirma que a autoria e materialidade do delito de estupro, na forma tentada, estão devidamente comprovados pelas provas produzidas em Juízo. Afastar essas afirmações e acatar a tese de que a conduta do paciente configura apenas contravenção penal demandaria a profunda incursão em matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de Habeas Corpus. Nesse sentido: HC 149.082/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 20.09.2010.

2. A sentença fixou o regime fechado porque o delito é hediondo e o paciente é reincidente. No entanto, o delito foi cometido em 22.05.2005, antes da Lei 11.464/07, razão pela qual não é obrigatório o regime inicial fechado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. O paciente faz jus ao regime semiaberto, nos termos da Súmula 269 do STJ, que assim dispõe que é admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar o regime semiaberto, em conformidade com o parecer ministerial." (HC 125.064/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 01/08/2011; sem grifo no original.)

"HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO TENTADO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL. ART. 33, §§ 2.º E 3.º, C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. LEI N.º 11.464/2007. IRRETROATIVIDADE. PRECEDENTES.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1.º do art. 2.º da Lei 8.072/90, para os crimes hediondos cometidos antes da publicação da Lei n.º 11.464/2007, o regime inicial fechado não é obrigatório, devendo-se observar, para a fixação do regime de cumprimento de pena, o art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2. Fixada a pena-base no mínimo legal, porque reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu primário e de bons antecedentes, não é possível infligir-lhe regime prisional mais gravoso apenas com base na gravidade genérica do delito. Inteligência do art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. Aplicação do enunciado n.º 440 da Súmula desta Corte.

3. A previsão constante da Lei n.º 11.464, de 28/03/2007, a qual estabelece, em seu art. 1.º, o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado independentemente do quantum de pena aplicado – por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu.

4. Ordem concedida, a fim de estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais." (HC 169.264/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 02/08/2010; sem grifo no original.)

"RECURSO ESPECIAL. PRAZO DE 15 DIAS. INTEMPESTIVIDADE.

1. É intempestivo o recurso especial interposto fora do prazo de 15 (quinze) dias, razão pela qual não se conhece da irresignação.

OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ESTUPRO TENTADO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. DELITO COMETIDO ANTES DA LEI 11.464/2007. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE.

1. A despeito de o habeas corpus ser ação constitucional que se presta a repelir constrangimento ilegal de ameaça à liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da CF), não é menos certo que o procedimento em tela destina-se à fixação de regime prisional para cumprimento da reprimenda, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

qual também influencia na liberdade do indivíduo.

2. Tendo em vista a declaração incidenter tantum, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (HC nº 82.959/SP), permitindo a progressão de regime aos crimes hediondos, bem como o fato do delito ter sido cometido em data anterior à vigência da Lei 11.464/07, pode ser estabelecido o modo semi-aberto para o resgate da reprimenda, desde que haja o preenchimento dos requisitos legais previstos no Código Penal pelo réu.

3. Recurso especial não conhecido. Concessão de habeas corpus, de ofício, para determinar que seja fixado o regime semi-aberto para cumprimento da pena." (REsp 1.121.794/RS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 17/05/2010; sem grifo no original.)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO TENTADO. CRIME PRATICADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. REGIME INICIAL ABERTO. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.

1. '... o condenado por crime hediondo ou a ele equiparado, praticado antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, pode obter o direito à progressão de regime prisional ou, ainda, iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado, desde que preenchidos os demais requisitos legais. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido' (REsp 1.033.826/PR, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 3/11/08).

2. Recurso não-provido." (REsp 1.082.869/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 15/06/2009.)

Entretanto, conquanto as instâncias ordinárias tenham fixado o regime prisional fechado, aplicando equivocadamente a Lei n.º 11.464/2007, não se pode afastar que, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve-se observar as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal, consoante o previsto no art. 33, § 3.º, também do Código Penal.

Eis o teor do art. 33:

"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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 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: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

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;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.(Redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11.7.1984)" (sem grifos no original).

Nesse contexto, considerando a existência de circunstância judicial desfavorável – constatado pelo juiz de primeira instância relativa às circunstâncias de fato e ao *modus operandi* –, deve ser mantido o regime inicial fechado no caso, a teor do disposto no art. 33, § 3.º, do Código Penal, o qual dispõe que "[a] *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.*"

Ante o exposto, DENEGO a ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0032531-4

HC 163.432 / DF
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 20060310183633

EM MESA

JULGADO: 06/03/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LINDÔRA MARIA ARAÚJO

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ANTONIO CARLOS ALVES LINHARES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
PACIENTE : I B DE S

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, denegou a ordem."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) e Gilson Dipp votaram com a Sra. Ministra Relatora.