



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.913 - SP (2012/0246909-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
ADVOGADO : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G A DE A (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 214, *CAPUT*, C/C ART. 224, A, E ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (3) AFERIÇÃO *IN CONCRETO* ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (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. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro e o atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, isto é, das quais não haja resultado lesão corporal ou morte, constituem crimes hediondos. Todavia, 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.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

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: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.913 - SP (2012/0246909-2)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
ADVOGADO : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G A DE A (PRESO)

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Cuida-se de *habeas corpus*, sem pedido liminar, impetrado em favor de G. A. de A., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 990.09.180844-0).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado pela suposta prática dos delitos previstos nos artigos 214, *caput*, c/c artigo 224, alínea “a”, e artigo 226, inciso II, todos do Código Penal.

Em primeiro grau de jurisdição, o paciente foi absolvido das imputações contra ele formuladas, razão pela qual o Ministério Público apelou, tendo sido dado provimento ao recurso, a fim de condenar o paciente à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial fechado, nesses termos:

Cuidam os autos de hipótese de atentado violento ao pudor, na qual o apelado constrangeu sua sobrinha, Jenifer, de apenas 10 anos de idade, mediante violência presumida e grave ameaça, a permitir que com ela praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Segundo apurado, a mãe da criança pediu a ela que levasse cena quantia em dinheiro para sua avó estranhando, contudo, a sua demora; ela apresentou comportamento estranho durante a semana, começou a andar com dificuldade e reclamou de dores na barriga e no órgão genital; diante desses fatos, a genitora insistiu para que contasse o que havia acontecido e, então, ela narrou que, quando retornava da casa da avó, seu tio, Givanildo, passou com seu veículo, levou-a até um canavial, onde a ameaçou de mal grave, obrigou-a a tirar a roupa, “fez coisa errada” com a declarante e, depois, pegou um pano, limpando-se. deixando-a em uma praça perto de sua casa.

Interrogado pela autoridade policial, na presença de Advogado constituído, confessou a prática do crime (fls. 25/26) dizendo que, no dia dos fatos, deu carona a Jenifer e que ela o teria seduzido, fazendo com que se despisse e se masturbasse na sua frente, enquanto ela encostava a mão em seu pênis, ejaculando e limpando-se com um pano. Em Juízo, na presença do mesmo Advogado, surpreendentemente retratou-se negando os fatos (fls. 67/v).

A criança, contando mais detalhes, descreveu minuciosamente os fatos afirmando o narrado na inicial e confirmando a confissão do réu prestada na delegacia, inclusive quanto à limpeza do pênis com um pano, após a ejaculação (fls. 9 e 139).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A genitora reiterou as palavras dela, dizendo ter contado que o tio a molestou (fls. 7 e 140).

No mesmo sentido as palavras do policial militar Prodócio Casarim (fls. 13/14 e 96).

Como se vê, têm-se as palavras da vítima que estão em harmonia com a confissão prestada pelo réu na delegacia quando acompanhado de Advogado então constituído.

Frise-se que, nos crimes sexuais praticados às ocultas, as declarações da vítima constituem prova de grande importância, principalmente quando convergentes com os elementos colhidos na instrução criminal, como é o caso aqui tratado.

Assim, a materialidade restou comprovada pela prova oral, salientando-se que o crime de atentado violento ao pudor se encontra dentre aqueles que geralmente não deixam vestígios.

Portanto, não resta dúvida, "data venia" do entendimento contrário do digno Magistrado e da combativa Defesa, que a versão da vítima, aliada à prova material (hímen complacente) e aos testemunhos acusatórios, levam à conclusão de que o acusado foi o responsável pelos atos que lhe são imputados sendo de rigor a condenação.

Tratando-se de réu primário, sem antecedentes criminais, e inexistindo prova documental de parentesco com a vítima, a sua pena deve ser fixada no mínimo legal.

A aflição carcerária será cumprida no regime inicial fechado, a teor da Lei 11.464/07.

Ante o exposto, acolhendo-se expressa e integralmente o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, dá-se provimento ao apelo ministerial para condenar o apelado G. A. de A. a 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como infrator do artigo 214, "caput", do Código Penal, atual artigo 213, com a redação da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, expedindo-se mandado de prisão, oficiando-se. (fls. 68-71).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados:

Na verdade, o crime pelo qual o embargante foi denunciado, acontecido em 1.º de abril de 2007, já era equiparado aos hediondos desde julho de 1990 (Lei 8072/90) e o v. Acórdão, ao determinar o cumprimento da pena carcerária, expressamente mencionou a teor da Lei 11.464/07, vale dizer, o regime para o cumprimento de pena passou a ser o mais benéfico, inicialmente fechado, diante da promulgação da referida lei, que deu nova redação ao artigo 2.º, parágrafo 1.º, da Lei 8.072/90, passando a permitir a progressão nos delitos hediondos e nos a eles equiparados, não se observando qualquer prejuízo ao embargante, haja vista que apenas mencionou a Lei 12.015/09 no tópico final, somente quanto ao dispositivo.

Na verdade, nos termos em que deduzidos, o que pretende o ora embargante, é procrastinar os efeitos da r. decisão, não se verificando qualquer omissão a ser sanada.

Nestes termos, rejeitam-se os presentes embargos de declaração. (fls. 75-76).

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante sustenta que o acórdão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

guerreado ao dar provimento ao apelo não se limitou à pretensão formulada, excedendo-se na adequação típica dada ao fato.

Alega que a autoridade coatora afastou a existência da violência presumida e, à mingua de qualquer pretensão acusatória formulada, reconheceu a ocorrência da violência real.

Defende que "é posicionamento reiteradamente adotado pela 6ª Turma deste Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que o atentado violento ao pudor praticado mediante violência presumida, em fatos ocorridos antes da Lei 12.015/09, não ostenta a natureza de delito equiparado a hediondo".

Requer que, reconhecendo que o delito imputado ao paciente fora praticado mediante violência presumida e antecede à Lei 12.015/09, seja afastado seu caráter hediondo e, como consequência, fixado o regime semiaberto para início de cumprimento da reprimenda.

As informações foram juntadas às fls. 30-31 e 88-102.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 105-106, da lavra do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente cumpre pena em regime fechado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 259.913 - SP (2012/0246909-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 214, *CAPUT*, C/C ART. 224, A, E ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1º DO ARTIGO 2º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (3) AFERIÇÃO *IN CONCRETO* ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (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. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro e o atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, isto é, das quais não haja resultado lesão corporal ou morte, constituem crimes hediondos. Todavia, 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.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Preliminarmente, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las.

(HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

É pacífica a compreensão neste Superior Tribunal de Justiça de que o estupro e o atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, isto é, das quais não haja resultado lesão corporal ou morte, constituem crimes hediondos.

Nesse sentido, segue julgado da Terceira Seção desta Corte:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 214, CAPUT, C.C. OS ARTS. 224, A, E 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. CRIME PRATICADO MEDIANTE VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CARÁTER HEDIONDO RECONHECIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor praticados anteriormente à Lei n.º 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, configuram crimes hediondos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Embargos de divergência acolhidos a fim de reconhecer a hediondez do crime praticado pelo Embargado.

(EREsp 1225387/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/08/2013, DJe 04/09/2013)

Importante destacar, no entanto, que o reconhecimento da hediondez do delito praticado não enseja o cumprimento de sua reprimenda em regime integralmente fechado.

Com efeito, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em sessão extraordinária realizada no dia 27 de junho de 2012, por ocasião do julgamento do HC nº 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/07:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. 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. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90, com a redação dada pela Lei n.º 11.464/07, o qual determina que "*a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado*". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC n.º 111.840/ES; Relator(a): Ministro Dias Toffoli; Julgamento: 27/06/2012; Tribunal Pleno)

Conclui-se, assim, que 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 para os condenados pela prática de crimes contra a dignidade sexual, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o Magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

Assim, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso *sub judice*, uma vez que o Tribunal *a quo* não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0246909-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 259.913 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1322007 990091808440

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
ADVOGADO : PAULO HENRIQUE DE ANDRADE MALARA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : G A DE A (PRESO)

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

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, não conheceu do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.