



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.863 - ES (2009/0078673-9)
RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO SANTOS BORGES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR
 PÚBLICO DA UNIÃO

EMENTA

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELA TENTATIVA DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE 14 ANOS (ART. 213 C/C ART. 224, A, C/C ART. 14, II, TODOS DO CPB). HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO, AINDA QUE EM SUA FORMA SIMPLES OU VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTIDA NO REVOGADO ART. 224 DO CPB É CONSIDERADA ABSOLUTA POR ESTA CORTE SUPERIOR. DELITO COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL COM BASE NO ART. 33, §§ 2o. E 3o. DO CPB. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TODAVIA, TÃO-SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL *A QUO* DETERMINE O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, OBSERVANDO OS PRECEITOS CONTIDOS NO ART. 33, §§ 2o. E 3o. DO CPB.

1. A jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal, na esteira do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 81.288/SC, firmou o entendimento de que o crime de estupro na sua forma simples, ou seja, mesmo quando de suas práticas não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, está inserido no rol dos crimes considerados hediondos.

2. Firme também é o entendimento desta Corte de Justiça de que a presunção de violência prevista na revogada alínea a do art. 224 do CPB é absoluta (hoje, por força de lei, equiparadas, nos termos do § 1o. do art. 213 do CPB).

3. Na hipótese do crime ter sido cometido antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, tal como se dá na espécie - os fatos ocorreram em 19.05.01 -, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, aplica-se o disposto no art. 33, §§ 2o. e 3o. do CPB, que preceitua que a fixação do regime prisional far-se-á com base na quantidade da pena privativa de liberdade aplicada e com observância dos critérios previstos no art. 59 daquele mesmo códex.

4. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

5. Ordem parcialmente concedida, todavia, tão-somente para que o Tribunal *a quo* determine o regime inicial de cumprimento da pena, observando os preceitos contidos no art. 33, §§ 2o. e 3o. do CPB.

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, conceder parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília/DF, 16 de dezembro de 2010 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.863 - ES (2009/0078673-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO SANTOS BORGES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

RELATÓRIO

1. Cuida-se de *Habeas Corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de PAULO SÉRGIO SANTOS BORGES, por meio da Defensoria Pública, como decorrência de acórdão proferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, que, dando parcial provimento ao apelo ministerial, determinou fosse iniciado o desconto da reprimenda corporal no regime fechado.

2. Ficou o *decisum* assim ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ESTUPRO TENTADO, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA - 1) RECURSO DO MP: A) ALTERAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O INTEGRALMENTE FECHADO: IMPOSSIBILIDADE EXCLUSIVAMENTE QUANTO À VEDAÇÃO DA PROGRESSÃO DE REGIME - B) EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA: POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - 2) RECURSO DA DEFESA - ABSOLVIÇÃO: IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Recurso do MP.

A) A nova dicção legislativa do art. 20., § 10. da Lei 8.072/90, encerra a celeuma gerada em torno da inconstitucionalidade da vedação da progressão de regime, contida na antiga redação da mesma lei, acompanhando a evolução jurisprudencial deflagrada no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 82.959, tido como leading case no tema.

Em tal perspectiva, o regime penitenciário, pela natureza de norma penal, em que pese pertencer também ao direito das execuções, deve ser aplicado aos fatos anteriores à sua vigência, alcançando, por consequência, o delito praticado pelo Apelado, a teor do inciso XL do artigo 50. da Constituição Cidadã.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

B) Exclusão da aplicação da pena de multa, por ausência de previsão legal.

Recurso a que se dá parcial provimento.

2. Recurso da Defesa. A presunção de violência, nos termos do artigo 226, a do CP, é absoluta. Não obstante, o conjunto probatório não indica que a vítima aparentava desenvolvimento precoce.

Recurso a que se nega provimento (fls. 27/28).

3. Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 4 anos e 8 meses de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, por infração ao art. 213 c/c art. 224, a, c/c art. 14, II, todos do CPB.

4. Sustenta a impetração, todavia, que o Tribunal *a quo*, ao modificar o regime de cumprimento da pena imposto na *r. sentença condenatória (...)* negou vigência ao previsto no § 2o., alínea b do artigo 33 do Código Penal Brasileiro, devendo portanto ser reformada. Alega, outrossim, que o crime de estupro e o atentado violento ao pudor somente são definidos como crimes hediondos nas hipóteses em que ocorreram lesão corporal de natureza grave ou morte da vítima. Registra, por fim, que ao manter a condenação do paciente, a Corte estadual considerou a *violência presumida como presunção absoluta e não considerando que o mesmo desistiu espontaneamente de prosseguir nos atos executórios, não caracterizando a tentativa e sim a desistência voluntária*, proferindo julgamento contrário aos precedentes deste Superior Tribunal de Justiça (fls. 06/14).

5. Liminar indeferida (fls. 84); informações prestadas (fls. 88/123). Opina a ilustre Subprocuradora-Geral da República LINDORA MARIA ARAUJO pela denegação da ordem (fls. 126/134).

6. Era o que havia para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 134.863 - ES (2009/0078673-9)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
IMPETRANTE : ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE : PAULO SÉRGIO SANTOS BORGES
ADVOGADO : PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

VOTO

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO A 4 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, PELA TENTATIVA DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE 14 ANOS (ART. 213 C/C ART. 224, A, C/C ART. 14, II, TODOS DO CPB). HEDIONDEZ DO CRIME DE ESTUPRO, AINDA QUE EM SUA FORMA SIMPLES OU VIOLÊNCIA PRESUMIDA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA CONTIDA NO REVOGADO ART. 224 DO CPB É CONSIDERADA ABSOLUTA POR ESTA CORTE SUPERIOR. DELITO COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464/07. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL COM BASE NO ART. 33, §§ 2o. E 3o. DO CPB. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, TODAVIA, TÃO-SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL A QUO DETERMINE O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, OBSERVANDO OS PRECEITOS CONTIDOS NO ART. 33, §§ 2o. E 3o. DO CPB.

1. *A jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal, na esteira do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 81.288/SC, firmou o entendimento de que o crime de estupro na sua forma simples, ou seja, mesmo quando de suas práticas não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, está inserido no rol dos crimes considerados hediondos.*

2. *Firme também é o entendimento desta Corte de Justiça de que a presunção de violência prevista na revogada alínea a do art. 224 do CPB é absoluta (hoje, por força de lei, equiparadas, nos termos do § 1o. do art. 213 do CPB).*

3. *Na hipótese do crime ter sido cometido antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, tal como se dá na espécie - os fatos ocorreram em 19.05.01 -, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, aplica-se o disposto no art. 33, §§ 2o. e 3o. do CPB, que preceitua que a fixação do regime prisional far-se-á com base na quantidade da pena privativa de liberdade aplicada e com observância dos critérios previstos no*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59 daquele mesmo códex.

4. *Parecer do MPF pela denegação da ordem.*

5. *Ordem parcialmente concedida, todavia, tão-somente para que o Tribunal a quo determine o regime inicial de cumprimento da pena, observando os preceitos contidos no art. 33, §§ 2o. e 3o. do CPB.*

1. Destaca-se, primeiramente, que a jurisprudência deste egrégio Superior Tribunal, na esteira do julgamento proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC 81.288/SC, firmou o entendimento de que o crime de estupro na sua forma simples, ou seja, mesmo quando de suas práticas não resulte lesão corporal de natureza grave ou morte, está inserido no rol dos crimes considerados hediondos.

2. Firme também é o entendimento desta Corte de Justiça de que a presunção de violência prevista na revogada alínea a do art. 224 do CPB é absoluta (hoje, por força de lei, equiparadas, nos termos do § 1o. do art. 213 do CPB):

PENAL. ESTUPRO CONTRA MENORES DE 14 (QUATORZE) ANOS. CONDUTA ANTERIOR À LEI 10.215/09. VIOLÊNCIA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. RELATIVIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO E CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. RESSALVA DO ENTENDIMENTO DO RELATOR. RECURSO PROVIDO.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos é irrelevante para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, 'a do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta.*

2. *No caso, a experiência sexual da vítima e seu consentimento com o ato sexual, não afasta a ocorrência do crime.*

3. *Ressalva do entendimento deste relator, no sentido de que tal presunção de violência é de natureza relativa.*

4. *Recurso provido para reconhecer a natureza absoluta da presunção de violência e, assim, determinar que o Tribunal a quo prossiga*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no julgamento da apelação. (REsp. 1.021.634/SP, Rel. min. JORGE MUSSI, DJe 04.10.10).

3. Por fim, na hipótese de o crime ter sido cometido antes da entrada em vigor da Lei 11.464/07, tal como se dá na espécie - os fatos ocorreram em 19.05.01 -, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, aplica-se o disposto no art. 33, §§ 2o. e 3o. do CPB, que preceitua que a fixação do regime prisional far-se-á com base na quantidade da pena privativa de liberdade aplicada e com observância dos critérios previstos no art. 59 daquele mesmo códex.

4. Confira-se, por todos, o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VERBETE SUMULAR 7 DESTA CORTE. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. IMPROPRIEDADE. CRIME COMETIDO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 11.464, DE 29 DE MARÇO DE 2007. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2o., § 1o., DA LEI 8.072/90. RECURSO NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. O pleito de absolvição por falta de provas implicaria, necessariamente, o reexame de todo o conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. A sugerida divergência jurisprudencial não foi demonstrada na forma preconizada nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, §§ 1o. e 2o., do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. A ilegalidade referente à fixação do regime integralmente fechado merece ser sanada com a concessão de habeas corpus de ofício.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, do § 1o. do art. 2o. da Lei 8.072/90, e após a publicação da Lei 11.464/07, afastou-se do ordenamento jurídico o regime integralmente fechado, antes imposto aos condenados por crimes hediondos, assegurando-lhes a progressividade do regime prisional de cumprimento de pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Na hipótese, como o crime foi cometido antes da Lei 11.464/07, aplica-se o disposto no art. 33, §§ 2o. e 3o., do Código Penal, que preceitua que a fixação do regime prisional para o cumprimento da pena reclusiva dá-se de acordo com a quantidade de pena aplicada.*

6. *Recurso não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto. (REsp. 847.756/ES, Rel(a). Min(a). LAURITA VAZ, DJe 03.11.09).*

5. Isso posto, nada obstante o parecer ministerial, concede-se parcialmente a ordem, tão-somente para que o Tribunal *a quo* determine o regime inicial de cumprimento da pena, observando os preceitos contidos no art. 33, § 2o. e 3o. do CPB.

6. É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2009/0078673-9

HC 134.863 / ES
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11010547336 4152003

EM MESA

JULGADO: 16/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ELISIO DE OLIVEIRA LOPES - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
PACIENTE	: PAULO SÉRGIO SANTOS BORGES
ADVOGADO	: PAULO HENRIQUES DE MENEZES BASTOS - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

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, concedeu parcialmente a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário