



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS**      **Nº 169.264 - SP (2010/0068013-8)**

**RELATORA** : **MINISTRA LAURITA VAZ**  
**IMPETRANTE** : TEREZA ANABELA SILVA DE ARAÚJO PLAZA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : L M F DOS S

### EMENTA

*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.

### 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, conceder a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 22 de junho de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### HABEAS CORPUS Nº 169.264 - SP (2010/0068013-8)

IMPETRANTE : TEREZA ANABELA SILVA DE ARAÚJO PLAZA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : L M F DOS S

### RELATÓRIO

#### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de L M F DOS S, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, como incurso no art. 213, *caput*, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade.

No presente *writ*, alega a Impetrante constrangimento ilegal, em face do regime prisional estabelecido para o Paciente, tendo em vista o disposto no art. 33, § 2.º, do Código Penal. Aduz, para tanto, que, estabelecida a pena-base no mínimo legal, é insuficiente, para a fixação do regime mais gravoso, a mera referência à gravidade abstrata do delito.

Requer, em liminar e no mérito, a fixação do regime aberto ou semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 30.

Por estarem os autos devidamente instruídos, foram dispensadas as informações da Autoridade Impetrada.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 37/38, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 169.264 - SP (2010/0068013-8)**

### EMENTA

*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.

### 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 no mínimo legal, qual seja, 6 (seis) anos de reclusão. Posteriormente, reduziu a pena pela tentativa no patamar de 1/3 (um terço), tornando-a definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão (fls. 18 e 15).

Nesse contexto, considerando a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é legítimo agravar o regime de cumprimento da pena, a teor do disposto no art. 33, § 2.º, alínea c, e § 3.º do Código Penal, o qual dispõe que "*o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*"



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, sendo o condenado primário, de bons antecedentes, a decisão que lhe impôs o regime inicial fechado para o cumprimento da pena há de ser reformada para adequar-se à individualização da sanção criminal, em estrita obediência ao disposto no mencionado texto legal.

Nesse sentido:

*"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90, DECLARADA PELO STF. PENA INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE.*

*I - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da Lex Maxima).*

*II - No caso concreto, verifica-se que o v. acórdão vergastado carece, na aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, no percentual de 1/6 (um sexto), de fundamentação objetiva imprescindível.*

*III - Assim, tratando-se de paciente primária, de bons antecedentes, que não se dedica às atividades criminosas e nem integra organização criminosa, sendo as circunstâncias judiciais do art. 59 consideradas totalmente favoráveis e muito pequena a quantidade de droga apreendida, faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena no percentual de 2/3 (dois terços).*

*IV - Reconhecida a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado pelo STF, os condenados por crimes hediondos ou equiparados, não alcançados pela vigência da Lei nº 11.464/07, poderão iniciar o cumprimento da pena em regime diverso do fechado.*

*V - Na hipótese dos autos, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, c/c art. 59 do Código Penal, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais favoráveis, deve a paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto (Precedentes).*

*Ordem concedida." (HC 150.759/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 17/05/2010.)*

Aplicável, portanto, à hipótese, o verbete n.º 440 da Súmula deste Tribunal, *verbis*:

*"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."*



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cumpre ressaltar, por oportuno, 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.

A propósito, o seguinte julgado:

**"PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AGUARDAR JULGAMENTO EM LIBERDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. PEDIDO PREJUDICADO. NÃO-CONHECIMENTO DA ORDEM. REGIME INICIAL ABERTO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE TODO O § 1º DO ART. 2º DA LEI 8.072/90 PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE E SURSIS. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 44 DA LEI 11.343/06. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1. *Resta prejudicado o pleito de se aguardar o julgamento em liberdade se transitada em julgado a condenação.*

2. *A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 82.959/SP, remeteu para o art. 33 do Código Penal as balizas para a fixação do regime prisional também nos casos de crimes hediondos e equiparados.*

3. *Tendo o fato delituoso que culminou na condenação da paciente sido praticado antes da Lei 11.464/07, em observância ao princípio da irretroatividade in pejus, a aplicação de lei penal posterior só deve ocorrer quando for em benefício do réu.*

4. *Nos termos do art. 33, § 2º, letra c, do Código Penal, o condenado não-reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*

5. *Por expressa vedação legal, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou em concessão de sursis, nos exatos termos do art. 44 da Lei 11.343/06.*

6. *Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, parcialmente concedida para fixar o regime aberto de cumprimento de pena." (HC 144.078/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 30/11/2009.)*

Ante o exposto, CONCEDO a ordem para, mantida a condenação, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente, mediante as condições a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Criminais.

É o voto.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

MINISTRA LAURITA VAZ  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0068013-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 169.264 / SP

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 5912003 990090478209

EM MESA

JULGADO: 22/06/2010

SEGREDO DE JUSTIÇA

#### Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

#### AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : TEREZA ANABELA SILVA DE ARAÚJO PLAZA

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : L M F DOS S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes - 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 a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 22 de junho de 2010

**LAURO ROCHA REIS**  
Secretário