



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 198.856 - SP (2011/0043841-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**  
**IMPETRANTE** : FERNANDO FARIA JUNIOR E OUTRO  
**ADVOGADOS** : ALEXANDRE DE SÁ DOMINGUES  
FERNANDO FARIA JUNIOR E OUTRO(S)  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : E F DE S (PRESO)  
**ADVOGADO** : ALEXANDRE DE SÁ DOMINGUES E OUTRO(S)

### EMENTA

*HABEAS CORPUS*. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (ART. 2º, § 1º, DA LEI N. 8.072/1990). OFENSA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME CABÍVEL EM RAZÃO DA SANÇÃO IMPOSTA. POSSIBILIDADE (SÚMULA 440/STJ).

1. Esta Corte Superior de Justiça e o colendo Supremo Tribunal Federal têm reconhecido a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para crimes hediondos, por entenderem que a Lei n. 11.464/2007, ao permitir a progressão de regime aos crimes hediondos, mas determinar o cumprimento da reprimenda no regime inicial fechado, persiste na ofensa ao princípio da individualização da pena.

2. A fixação da pena-base no mínimo legal, aliada à ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime inicial mais rigoroso de cumprimento da pena, autoriza a fixação do regime inicial cabível em razão da sanção imposta (Súmula 440/STJ).

3. Ordem concedida.

### 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, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus* nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.  
Brasília, 20 de outubro de 2011 (data do julgamento).



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ministro Sebastião Reis Júnior  
Relator



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 198.856 - SP (2011/0043841-7)**

### RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **E F DE S**, no qual se alega constrangimento ilegal por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Consta dos autos que o Juízo da 5ª Vara Criminal da comarca de Guarulhos/SP condenou o paciente, como incurso nos arts. 213 e 214 do Código Penal, às penas de 12 anos de reclusão, no regime inicial fechado (autos n. 224.01.2008.046595-1).

Irresignada, a defesa apresentou apelação criminal perante a colenda Corte de origem, que deu parcial provimento ao recurso, apenas para reconhecer a unicidade delitiva entre as condutas de estupro e atentado violento ao pudor, reduzindo a pena imposta ao paciente para 6 anos de reclusão, mantido o regime inicial fechado de cumprimento da pena (fls. 9/13 – Apelação n. 990.09.118203-6).

Daí a presente impetração, em que a defesa alega constrangimento ilegal consistente na manutenção do regime inicial fechado de cumprimento da pena. Sustenta que não se pode admitir o desconto da reprimenda que não ultrapassa 6 anos de reclusão em regime inicial fechado, quando o art. 33, § 2º, *b*, do Código Penal determina aos condenados à pena superior a 4 e inferior a 8 o cumprimento da pena no regime semiaberto. Aduz que a gravidade do crime não é fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado e, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, o paciente pode iniciar o cumprimento da sua pena no correspondente à pena imposta, nos termos da Súmula 440/STJ. Postula a concessão liminar da ordem para que seja fixado o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena em benefício do paciente.

Indeferida a liminar pelo eminente Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) em 4/3/2011 (fl. 5), o Ministério Público



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal opinou pela denegação da ordem (fl. 10):

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO. CRIME HEDIONDO. REGIME INICIAL FECHADO. 1 - Após a modificação do art. 2, § 1º, da Lei 8.072/90 pela Lei 11.464/07, tornou-se obrigatória a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena pelos condenados por crimes hediondos e equiparados, independente do *quantum* da pena. Precedentes do STJ. 2 - Parecer pela denegação da ordem.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 198.856 - SP (2011/0043841-7)

### VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR): A ordem deve ser concedida.

Ante a ausência de cópia da sentença, consultei o sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo e obtive o inteiro teor do *decisum*.

A insurgência consiste na manutenção do regime inicial fechado de cumprimento da reprimenda imposta pela prática do crime de estupro, apesar de a pena-base do paciente ter sido fixada no mínimo legal.

Esta Corte Superior de Justiça e o colendo Supremo Tribunal Federal têm reconhecido a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado para crimes hediondos, por entenderem que a Lei n. 11.464/2007, ao permitir a progressão de regime aos crimes hediondos, mas determinar o cumprimento da reprimenda no regime inicial fechado, persiste na ofensa ao princípio da individualização da pena.

Confira-se, no que interessa, o teor do Informativo n. 615 do STF:

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 1

A 2ª Turma concedeu *habeas corpus* para determinar ao juízo da execução que proceda ao exame da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, no caso de o paciente não preencher os requisitos, que modifique o regime de cumprimento da pena para o aberto. Na situação dos autos, o magistrado de primeiro grau condenara o paciente à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), com a redação dada pela Lei 11.464/2007 (“Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”). **Observou-se, em princípio, que o Supremo declarara, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da antiga redação do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, em que se estabelecia o regime integralmente fechado para o cumprimento das penas por crimes previstos naquela**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

norma. Consignou-se, ainda, que a nova redação do aludido dispositivo estaria sendo alvo de debates nas instâncias inferiores e que o STJ concluíra por sua inconstitucionalidade, ao fundamento de que, a despeito das modificações preconizadas pela Lei 11.464/2007, persistiria a ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade.

(HC n. 105.779/SP, Ministro Gilmar Mendes, 8/2/2011)

Lei 8.072/90 e regime inicial de cumprimento de pena - 2

**Em seguida, considerou-se que deveria ser superado o disposto na Lei dos Crimes Hediondos quanto à obrigatoriedade do início de cumprimento de pena no regime fechado, porquanto o paciente preencheria os requisitos previstos no art. 33, § 2º, c, do CP.** Aduziu-se, para tanto, que a decisão formalizada pelo magistrado de primeiro grau: 1) assentara a não reincidência do condenado e a ausência de circunstâncias a ele desfavoráveis; 2) reconheceu a sua primariedade; e 3) aplicara reprimenda inferior a 4 anos. No que concerne ao pedido de substituição da pena por restritiva de direitos, registrou-se que o Plenário desta Corte declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, e da expressão “vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”, contida no referido art. 44 do mesmo diploma legal. Alguns precedentes citados: HC 82959/SP (DJU de 1º.9.2006); HC 97256/RS (DJe de 16.12.2010).

(HC n. 105.779/SP, Ministro Gilmar Mendes, 8/2/2011)

E a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL.*

**1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve se iniciar no regime mais gravoso.**

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. No caso, apesar de o paciente ser primário e não ostentar antecedentes criminais, dada a quantidade e a natureza do entorpecente - foram apreendidas 40 (quarenta) pedras de crack, no primeiro fato delituoso, e 15 (quinze) pedras de crack, no segundo fato -, mostra-se razoável o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do regime inicial semiaberto para o início da expiação.

4. Pelas mesmas balizas, não se apresenta socialmente recomendável o deferimento da substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

5. Ordem parcialmente concedida, tão só para estabelecer o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente.

(HC n. 207.502/RS, Ministro Og Fernandes, DJe 17/8/2011 – grifo nosso)

CRIME CONTRA OS COSTUMES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DEMONSTRADA A CONDIÇÃO DO PÁTRIO PODER. MATÉRIA ACOMODADA NA PROVA.

Se os autos demonstram que o acusado aceitou o pátrio poder, inviável discutir-se, neste rito sumário, quanto à natureza da ação penal, no caso pública incondicionada, iniciada por atuação do ministério público.

ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. VIA INADEQUADA.

A via estreita de habeas corpus não é compatível com discussões que envolvam o exame do conjunto fático-probatório, estando aí a alegação de que o agente é inocente e não restou provado o cometimento do evento delituoso.

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ATO OBSCENO. TENTATIVA DE ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7.

O pedido de desclassificação da imputação de ato violento ao pudor para tentativa, ato obsceno ou, ainda, tentativa de estupro, no presente caso, reclama o revolvimento de prova, mostrando-se impróprio na via angusta do *habeas corpus*.

REGIME PRISIONAL. CRIME HEDIONDO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N.º 8.072/90. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. APLICABILIDADE. DISPOSIÇÃO DO ARTIGO 33 DO CP.

**Diante da reconhecida inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n.º 8.072/90, é possível se impor, para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, regime diverso do fechado, ante condenação por crime de atentado violento ao pudor, incidindo, pois, a inteligência do artigo 33 do Código Penal.**

Ordem concedida em parte para fixar o regime inicial semiaberto.

(HC n. 114.470/MG, Ministra Maria Thereza, Sexta Turma, DJe 15/6/2011 – grifo nosso)

Reconhecida a possibilidade de fixação de regime diverso do fechado, passo a analisar se o paciente faz *jus* à fixação do regime correspondente à pena imposta na condenação, nos moldes do art. 33 do Código Penal.

Conforme consta da sentença penal condenatória, o magistrado singular assim fundamentou a fixação da pena-base imposta ao paciente, bem



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como o regime inicial de cumprimento da pena:

[...]

Passo à dosimetria da pena.

Ponderadas as circunstâncias judiciais, **para cada um dos crimes, fixo a pena-base no mínimo legal**, ou seja, em 6 anos de reclusão, que torno definitiva na ausência de outras causas modificadoras.

[...]

Em tais termos, pois, somadas as penas, obtém-se a pena final de 12 anos de reclusão, **a ser cumprida em regime inicial fechado (art. 1º, da Lei nº 11.464/07), pois os crimes de estupro e atentado violento ao pudor são considerados hediondos, ainda que praticados em sua forma simples**. HC n. 85.777/SP, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 5/5/2008.

[...]

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a pena-base fixada no mínimo legal e o regime inicial fechado, limitando-se a reduzir as penas impostas ao paciente em razão do reconhecimento da unicidade de crimes (fls. 12/13):

[...]

Condenação foi, pois, correta resposta às provas.

Houve, contudo, alteração legislativa, referentemente aos crimes contra a liberdade sexual (advento da Lei 12.015/09). Com efeito, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, anteriormente descritos nos artigos 213 e 214 do Código Penal, tornaram-se crime único.

Por se tratar de lei penal benéfica, deve retroagir (art. 2º, parágrafo único, CP, e art. 5º, inciso XL, CF).

O concurso material cede lugar à unicidade delitiva.

Reformula-se, em consequência, a reprimenda.

**Mantido o mesmo critério adotado na r. sentença, fixa-se a pena-base no mínimo legal (seis anos de reclusão), tornando-a definitiva pela ausência de causas modificadoras.**

**Mantém-se o regime inicial fechado (Lei 11.464/07).**

Rejeita-se a preliminar e confere-se provimento ao apelo defensivo, para se fixar a pena em seis anos de reclusão, pela condenação referentemente ao crime previsto no artigo 213, *caput*, do Código Penal (observada a Lei 12.015/09).

Conforme se vê, a pena-base foi fixada no mínimo legal. O magistrado singular, apesar de fixar a pena definitiva acima de 8 anos – circunstância que, por si só, impõe a fixação do regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal –, fundamentou a fixação do regime inicial fechado com base na



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hediondez das condutas imputadas ao paciente. O Tribunal de origem reduziu a pena imposta ao paciente para 6 anos, mas manteve o regime inicial fechado, sem tecer fundamentação a respeito da manutenção do mais rigoroso para o caso.

A fixação da pena-base no mínimo legal, aliada à ausência de fundamentação idônea para a fixação do regime inicial mais gravoso de cumprimento da pena, autoriza a fixação do regime inicial cabível em razão da sanção imposta:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO QUE NÃO AUTORIZAM A SUBSTITUIÇÃO DA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, POR NÃO SER SUFICIENTE, E RECOMENDAM O REGIME INICIAL SEMIABERTO. PARECER DO MPF ACOLHIDO EM MENOR EXTENSÃO. ORDEM CONCEDIDA.

**1. A Sexta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com a jurisprudência da Excelsa Corte, adotou o entendimento de que, ante o *quantum* de pena aplicado ao delito e as circunstâncias judiciais favoráveis, é possível a fixação do regime semiaberto ou o aberto para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva, em conformidade com o previsto no art. 33 do Código Penal, bem como a substituição da pena de prisão por restritivas de direitos, em face do artigo 44 do Código Penal. Precedentes.**

2. Tendo em conta a quantidade e variedade de drogas (35 invólucros de crack, maconha e cocaína) assentadas pelas instâncias *a quo*, que apontam para um comércio ilícito de maior abrangência, tem-se que, embora tenha havido a redução da pena no patamar máximo previsto em lei, não se mostra suficiente, ao fim a que se destina, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Tampouco tais particularidades podem deixar de repercutir na eleição do regime de cumprimento de pena, razão pela qual afigura-se mais adequado e proporcional a imposição do regime inicial semiaberto para resgate da pena imposta em razão do tráfico ilícito de entorpecentes.

3. Ordem concedida para, acolhido, em menor extensão, o parecer ministerial, impor o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

(HC n. 190.814/SP, Ministra Maria Thereza, Sexta Turma, DJe 1º/7/2011 – grifo nosso)

E esta Corte Superior de Justiça sumulou o entendimento segundo o qual é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

correspondente à pena imposta com fundamento apenas na gravidade abstrata do crime (Súmula 440/STJ).

Em face do exposto, **concedo** a ordem impetrada para fixar o regime inicial semiaberto de cumprimento da pena.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2011/0043841-7

**HC 198.856 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 153570      2240120080465951      990091182036

EM MESA

JULGADO: 20/10/2011  
SEGREDO DE JUSTIÇA

#### **Relator**

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : FERNANDO FARIA JUNIOR E OUTRO  
ADVOGADOS : ALEXANDRE DE SÁ DOMINGUES  
FERNANDO FARIA JUNIOR E OUTRO(S)  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : E F DE S (PRESO)  
ADVOGADO : ALEXANDRE DE SÁ DOMINGUES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Estupro

#### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.