



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.324 - SP (2014/0335990-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : AGNALDO SELIS
AGRAVANTE : JOAO CELSO REZENDE
AGRAVANTE : RANGEL RICARDO MINGUINI
AGRAVANTE : VALDIR FERNANDES DE MACEDO
ADVOGADO : FLÁVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. APELO RARO INTEMPESTIVO. REGULAR INTIMAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO EM NOME DE UM DOS ADVOGADOS DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CRIME DE TORTURA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ART. 1º, § 7º, DA LEI Nº 9.455/97. DISPOSITIVO INCONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. "A publicação feita em nome de um dos advogados com procuração nos autos torna perfeita a intimação realizada pelo órgão oficial, ainda que tenha havido requerimento para que constasse o nome de dois ou mais causídicos". (AgRg nos EAREsp 274.664/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe 02/02/2015)

2. A obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei do Crime de Tortura 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 hediondos e equiparados, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

3. Agrado regimental a que se nega provimento. *Habeas corpus* concedido de ofício.

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, negou provimento ao agrado regimental, mas, de ofício concedeu ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 24 de fevereiro de 2015(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.324 - SP (2014/0335990-3)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : AGNALDO SELIS
AGRAVANTE : JOAO CELSO REZENDE
AGRAVANTE : RANGEL RICARDO MINGUINI
AGRAVANTE : VALDIR FERNANDES DE MACEDO
ADVOGADO : FLÁVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por AGNALDO SELIS, JOÃO CELSO REZENDE, RANGEL RICARDO MINGUINI e VALDIR FERNANDES DE MACEDO, contra decisão monocrática, de minha lavra, que **não conheceu do agravo, ante a manifesta intempestividade do recurso especial**. A ementa do *decisum* monocrático restou assim delineada:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. APELO NOBRE INTERPOSTO APÓS O PRAZO ESTABELECIDO NO ART. 26 DA LEI 8.038/90. INTEMPESTIVIDADE. AGRADO NÃO CONHECIDO. (fls. 591/592)

Sustentam os recorrentes, às fls. 598/606, que a decisão monocrática padeceria do vício de omissão, tendo em vista que "consta do agravo de instrumento interposto, especificamente às fls. 495/506, pedido expresso de reconhecimento da não extemporaneidade do recurso especial interposto, tendo em vista a inócua efetividade da intimação da r. decisão colegiada que negou os embargos declaratórios interpostos, em razão da não intimação de todos os advogados constituídos pelos recorrentes". Concluem, quanto ao ponto, que "para negar seguimento ao recurso especial a nobre relatora fundamentou, apenas, na não tempestividade, sem enfrentamento da questão referente ao cerceamento de defesa, omissão esse que deve ser suprida".

No mais, insistem na tese de que apenas um dos advogados constituídos pelos acusados teria sido intimado do aresto que julgou os embargos declaratórios, havendo a seu ver, necessidade de intimação de ambos os causídicos constantes na procuração outorgada pelos réus. Ainda, aduzem a tese de que, estariam cientes da linha jurisprudencial deste STJ que exige a intimação de tão somente um dos advogados, mas que, no presente caso, haveria uma particularidade que afastaria tal entendimento, que seria o fato de que os réus teriam sido absolvidos na primeira instância, e condenados pelo Tribunal.

Neste contexto, entendem que "a modificação da decisão absolutória de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primeira instância, em que pese não exigir a intimação pessoal do réu do v. acórdão condenatório, é certo que só há satisfação do pleno exercício do direito de defesa quando a intimação se dá por meio de publicação em diário oficial de todos os advogados constituídos". Concluem que "é esta peculiaridade, a superveniência do édito condenatório, que exige a intimação de todos os advogados constituídos para garantia do exercício do direito de defesa".

Por fim, sustentam que "no caso em concreto, há, ainda, que se levar em conta, que os defensores nomeados pelos réus evidenciaram indiscutível confusão sobre a titularidade da defesa, inclusive indicando como advogado profissional que sequer possuía procuração nos autos (fls. 284/286 e 271), a evidenciar de forma cristalina a situação de cerceamento de defesa dos agravantes".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 629.324 - SP (2014/0335990-3)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELO RARO INTEMPESTIVO. REGULAR INTIMAÇÃO DO ARESTO RECORRIDO. PUBLICAÇÃO EM NOME DE UM DOS ADVOGADOS DEVIDAMENTE CONSTITUÍDO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CRIME DE TORTURA. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. ART. 1º, § 7º, DA LEI Nº 9.455/97. DISPOSITIVO INCONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO.

1. "A publicação feita em nome de um dos advogados com procuração nos autos torna perfeita a intimação realizada pelo órgão oficial, ainda que tenha havido requerimento para que constasse o nome de dois ou mais causídicos". (AgRg nos EAREsp 274.664/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe 02/02/2015)

2. A obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei do Crime de Tortura 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 hediondos e equiparados, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. *Habeas corpus* concedido de ofício.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência passa ao longe de lograr êxito.

Inicialmente, observa-se que os recorrentes alegam que o *decisum* monocrático padeceria do vício de omissão, porquanto não teria analisado "pedido expresso de reconhecimento da não extemporaneidade do recurso especial interposto" (fl. 600). A esse respeito, sublinhe-se que a medida jurídica adequada para se questionar eventual omissão em um determinado provimento jurisdicional **são os embargos de declaração**, conforme previsão, na senda processual penal, estatuída no artigo 619 do Código de Ritos, e não por meio de agravo interno como sói ocorrer no presente caso.

Além do mais, constata-se que, *in casu*, os recorrentes não se desobrigaram em opor eventual medida aclaratória dentro do momento processual adequado, mostrando-se a alegação de omissão, no atual estágio processual, além de incabível, manifestamente preclusa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ademais, é importante salientar que, ainda que eventualmente tivessem sido opostos embargos de declaração contra o *decisum* monocrático ora impugnado, não seria o caso de reconhecimento do vício processual de omissão. Isso porque, o agravo (não agravo de instrumento como nomeado na petição de recurso interno, já que tal classe processual foi transformada em agravo nos próprios autos desde a inovação legislativa trazida pela Lei nº 12.322/2010) não comporta pedidos, como o formulado pelos recorrentes em seu petitório. De fato, o recurso de agravo destina-se tão somente a impugnar os fundamentos da decisão que inadmitte o recurso especial, apenas isso e nada mais. Assim, eventual pleito contido no petitório de agravo não pode e não deve ser analisado, circunscrevendo o âmbito de análise deste Tribunal Superior no cotejo entre os fundamentos da Corte *a quo* para inadmitir o apelo raro e a impugnação contida no agravo em face de tais argumentos.

Feitas tais considerações, observa-se que a decisão monocrática adequadamente reconheceu a intempestividade do recurso especial, não havendo nada a alterar em sede de recurso interno.

De fato, da análise do caderno processual, verifica-se que os ora recorrentes foram absolvidos perante o primeiro grau de jurisdição (fls. 172/181). Insatisfeito com o pronunciamento desfavorável, o Ministério Público paulista aviou recurso de apelação, tendo sido referida peça processual contrarrazoada pelo causídico Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, conforme se observa às fls. 210/218. Nesta fase já se observa que aludido advogado efetivamente patrocinava a causa, em conformidade com a procuração de fl. 66.

Julgada a apelação do *Parquet* estadual, aquele Tribunal estadual deu provimento ao apelo da acusação, para o fim de condenar os ora acusados à pena de 2 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, **em regime inicial fechado**, por infração ao artigo 1º, inciso I, alínea "a", combinado com o § 4º do inciso I e II, da Lei nº 9.455/97. Inconformados com a condenação, os recorrentes opuseram embargos de declaração em face do aresto de segundo grau, petição esta subscrita pelos causídicos Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, e Dr. SÉRGIO YOSHIUKI MATSUTAMI, OAB/SP 278.858. (fls. 254/258)

Ato contínuo, denota-se que os embargos de declaração aviados pela defesa foram julgados pela Corte estadual paulista em 23 de janeiro de 2014, tendo sido a publicação do referido acórdão disponibilizada em 29 de janeiro de 2014, e publicada em 30 de janeiro de 2014.

Ainda compulsando o caderno processual, observa-se que em 26 de fevereiro de 2014, **já ultrapassado o prazo de 15 dias para a interposição do recurso especial**, ou seja, com a ação penal já transitada em julgado, o causídico Dr. SÉRGIO YOSHIUKI MATSUTAMI, OAB/SP 278.858 avia petição inominada (fls. 268/270), questionando que a publicação do aresto teria se dado tão somente em nome do Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, e pleiteando a publicação do julgado também em seu nome. Quanto a tal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pedido, a Secretaria do Tribunal *a quo* certificou que o peticionário, Dr. SÉRGIO YOSHIUKI MATSUTAMI, OAB/SP 278.858, nem ao menos teria procuração nos autos, e que a publicação teria se dado correta e adequadamente em nome do advogado Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, ao passo que juntou cópia do Diário de Justiça que comprovava a idoneidade da referida publicação. (fls. 271/272)

Diante de tais informações, o Presidente da Seção de Direito Criminal da Corte de origem despachou determinando a certificação do trânsito em julgado, na medida em que não haveria nenhuma irregularidade quanto à intimação do aresto que julgou os aclaratórios, tendo ficado indene de dúvidas que a publicação tinha sido efetiva a contento no nome do Dr. ODEISMAR, ora patrono dos recorrentes. (fl. 273)

Ainda insatisfeita, em 17.3.2014, a defesa protocolou nova petição inominada, esta juntada às fls. 275/279, **confessando que o aresto prolatado em sede de embargos teria sido publicado corretamente em nome do Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360**, mas que este, **"lamentavelmente não tomou conhecimento desta publicação"**. Na mesma oportunidade, ainda alegaram que a advogada Dra. MARIA DE LOURDES ALVES PEREIRA, OAB/SP 283.778 também comporia a banca defensiva dos acusados, com regular procuração nos autos, mas que, entretanto, não teria havido publicação do julgado também em seu nome, e que, se tal tivesse ocorrido, ela "teria então tomado as providências cabíveis quanto à interposição dos recursos". Por fim, requereram a devolução do prazo para a apresentação dos recursos excepcionais.

Em resposta à nova petição defensiva, o Presidente da Seção de Direito Criminal da Corte *a quo* determinou que a Secretaria certificasse se todas as intimações teriam sido direcionadas ao causídico que atuou e patrocinou os interesses dos réus no âmbito daquele Sodalício, *in casu*, Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360. A Secretaria do TJ/SP informou que "todas as intimações dos presentes autos de Apelação e Embargos, nesta instância, ocorreram em nome do Dr. ODEISMAR DE BRITO desde a distribuição dos mesmos para esta 5ª Câmara de Direito Criminal, conforme cópias extraídas do DJE anexas" (fl. 295). Diante de tal resposta, o Presidente da Seção de Direito Criminal do Tribunal recorrido deu como válidas todas as intimações, determinando que se prosseguisse com o cumprimento do aresto condenatório. (fl. 299)

A petição de recurso especial dos ora recorrentes foi protocolizada em 13 de março de 2014, sendo que naquele petitório não houve sequer menção sobre a perda do prazo, ou sobre a representação processual dos recorrentes.

Em 26 de março de 2014, a Secretaria do Tribunal de Justiça de origem certificou o trânsito em julgado para ambas as partes, que teria se dado em 14 de fevereiro de 2014. (fl. 469)

Naturalmente, a decisão de inadmissibilidade da Corte *a quo* fundou-se na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

clara intempestividade do recurso especial. (fls. 482/483)

Por sua vez, a decisão monocrática prolatada no âmbito desta Corte também, obviamente, não conheceu do agravo em razão da manifesta intempestividade do recurso especial.

Diante deste contexto, observa-se que torna-se incompreensível a resiliência defensiva em sede de agravo interno. Está mais do que claro nos autos que o recurso especial, por óbvio foi interposto após o lapso temporal de 15 dias, sendo, por tal razão, considerado intempestivo. Observe-se que já foi até mesmo certificado o trânsito em julgado da corrente ação penal. (fl. 469)

Por outro lado, observa-se que a intimação do acórdão que julgou os embargos de declaração não padece de nenhum vício, tendo sido adequadamente direcionada ao causídico patrono dos ora recorrentes, Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, tendo a própria defesa confessado em mais de uma oportunidade que a intimação teria sido regular e dentro dos parâmetros de legalidade.

De outra banda, causa espécie a alegação de que haveria necessidade de publicação em nome de outra causídica, Dra. MARIA DE LOURDES ALVES PEREIRA, OAB/SP 283.778, que também seria subscritora de procuração outorgada pelos acusados. É mais do que sabido, e a própria defesa menciona estar ciente de tal linha jurisprudencial, "que a publicação feita em nome de um dos advogados com procuração nos autos torna perfeita a intimação realizada pelo órgão oficial, ainda que tenha havido requerimento para que constasse o nome de dois ou mais causídicos". (AgRg nos EAREsp 274.664/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, DJe 02/02/2015) No mesmo sentido:

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NULIDADE POR FALTA DE INTIMAÇÃO DE UM DOS ADVOGADOS CONSTITUÍDOS DA SESSÃO DE JULGAMENTO DE APELAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO OCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

2. 'Havendo mais de um advogado constituído, sem nenhuma ressalva quanto ao recebimento de intimação, basta, para sua validade, que a publicação seja feita em nome de um deles' (STF, AI n. 819.663 AgR/SP, Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24/5/2011; HC n. 71.273/RS, Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 27/6/1995; STJ, HC n. 203.369/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 24/04/2013; HC n. 187.273/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 01/02/2012). 3. Habeas corpus não conhecido".

(HC 219.260/GO, Rel. Min. NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, DJe 10/10/2014)

Ademais, constata-se que a defesa assenta em seu recurso interno que, não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

obstante estar ciente de tal linha jurisprudencial, o caso em apreço possui "uma peculiaridade", que seria o fato da condenação ter se dado em segundo grau, tendo os acusados sido absolvidos em primeira instância, e tal fato, implicaria em necessidade da intimação de ambos os causídicos.

Entretanto, apesar da ausência de embasamento jurídico, legal ou jurisprudencial quanto à tal excêntrica tese, observa-se que tal raciocínio jurídico não foi levantado em nenhuma das manifestações defensivas de devolução de prazo, tampouco no recurso especial, e nem mesmo na petição de agravo em recurso especial, tendo surgido tal tese, da "peculiaridade", pela primeira vez, tão somente em sede de agravo regimental. Não obstante, é assente que tal proceder configura manifesta inovação recursal, proceder este inadmissível à luz da jurisprudência mansa e pacífica deste Tribunal Superior. Confira-se, neste sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE EDITAL DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE UTILIDADE/INTERESSE. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. Não é possível, nessa seara recursal, o conhecimento da tese suscitada pela recorrente, no sentido de que a anulação do referido edital causou-lhe prejuízos, pugnando a parte pela 'transformação' da ação declaratória em indenizatória, ou mais, de que foi parcialmente anulado, como suscitado nas razões do regimental, já que não foi objeto de discussão nos autos durante o trâmite processual.

Agravo regimental improvido".

(AgRg no REsp 1413725/PR, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 09/02/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. EXCEÇÃO DE USUCAPIÃO. REQUISITOS. REEXAME DE PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2. É inviável a análise de teses alegadas apenas nas razões do regimental por se tratar de evidente inovação recursal.

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg no AREsp 550.254/PR, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe 04/02/2015)

Ainda, saliente-se que, independentemente da condenação ter se dado em primeiro ou segundo grau, tendo havido intimação válida e regular do julgado recorrido em nome do causídico atuante na defesa dos ora recorrentes, Dr. ODEISMAR DE BRITO, OAB/SP 93.360, mostra-se absolutamente prescindível a publicação em nome de outro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patrono, notadamente se a própria defesa confessa não ter havido eventuais vícios em referida intimação.

Outrossim, sublinhe-se que o cerceamento de defesa ocorre quando eventual autoridade pública no exercício do cargo impede a parte de exercer determinado ato processual, e não quando a própria parte deixa de praticar o ato no momento adequado, resultando em preclusão processual. (EDcl no AgRg no AREsp 34.265/RS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 19/12/2014).

Além disso, "os precedentes do STJ consagram valores que enobrecem e contribuem para o progresso de uma sociedade pautada nos ideais da justiça e da lealdade, pois impedem que a parte se valha da própria torpeza para burlar o ordenamento jurídico". (AgRg no AREsp 479.139/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 25/04/2014)

Assim, observa-se que é caso de se negar provimento ao recurso interno aviado pela defesa, não havendo nada a modificar quanto ao teor do provimento jurisdicional monocrático.

Não obstante os fundamentos acima delineados, verifica-se a ocorrência de ilegalidade patente no aresto recorrido, quando da fundamentação para a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da pena quanto ao delito de tortura, a qual merece ser sanada pela via do *habeas corpus* a ser concedido de ofício.

Da leitura dos autos, observa-se que o Tribunal de origem, após a realização da dosimetria, fixou o regime fechado para o cumprimento da reprimenda aplicada aos recorrentes, ao fundamento de que "o regime prisional inicial será o fechado, embora se trate de réus primários, por ser o único adequado para a reprovação e prevenção de crimes desta natureza". (fl. 249)

A hipótese comporta a concessão de *habeas corpus* de ofício, vez que, de fato, consolidou-se no Excelso Pretório, bem como neste Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que nas condenações por crimes hediondos ou equiparados não há falar em obrigatoriedade de imposição do regime inicialmente 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. Confira-se:

"*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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto 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)

Assim, por ser equiparado a crime hediondo, nos termos do artigo 2.º, *caput* e § 1.º, da Lei nº 8.072/90, é evidente que tal interpretação também deva ser aplicada ao crime de tortura, sendo o caso, então, de se desconsiderar a regra disposta no artigo 1.º, § 7.º, da Lei 9.455/97, que possui a mesma disposição da norma declarada inconstitucional.

A propósito do tema, vale ressaltar que já não era outro o entendimento da Sexta Turma desta Corte, que adotara o posicionamento de que, ante o *quantum* de pena aplicado, 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 (HC n.º 118.776/MG, da relatoria do Ministro Nilson Naves, julgado em 18.3.2010). Nesse sentido, confirmam-se recentes precedentes desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PENAL. TORTURA. CONDENAÇÃO. REGIME INICIAL FECHADO. PLEITO DE ESTABELECIMENTO DE REGIME MENOS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GRAVOSO. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. É flagrante o constrangimento ilegal em relação à fixação do regime inicial fechado com base no art. 1.º, § 7.º, da Lei de Tortura.

4. Com a declaração pelo Pretório Excelso da inconstitucionalidade do regime integral fechado e do § 1.º do art. 2.º da Lei de Crimes Hediondos, com redação dada pela lei n.º 11.464/2007 - também aplicável ao crime de tortura -, o cumprimento da pena passou a ser regido pelas disposições gerais do Código Penal. Porém, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais do caso concreto, cabível aplicar inicialmente o regime prisional semiaberto, atendendo ao disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto".

(HC 286.925/RR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 21/05/2014)

"CRIMINAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SURSIS. VEDAÇÃO LEGAL. NÃO SATISFAÇÃO DE REQUISITO OBJETIVO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ANOTAÇÃO EM FOLHA DE ANTECEDENTES. SÚMULA Nº 444. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/1990 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. REDUÇÃO EM PATAMAR INFERIOR AO MÁXIMO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE NÃO EVIDENCIADO. ORDEM NÃO CONHECIDA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27 de junho de 2011, por ocasião do julgamento do HC nº 111.840/ES, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, o qual determinava que os apenados por delitos hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo deveriam iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, de modo que configura ilegalidade manifesta a imposição do regime mais gravoso com base unicamente na disposição legal afastada pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis e observado o verbete n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, deve ser aplicado o disposto no art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal, para os pacientes Leonel Batista dos Santos e Cosme Daniel dos Santos.

Ordem não conhecida.

Habeas corpus concedido, de ofício, para reduzir a pena-base imposta ao paciente Cosme Daniel dos Santos ao mínimo legal e fixar, para ambos, o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas".

(HC 169.556/RJ, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA,
julgado em 20/11/2012, DJe 23/11/2012)

De todo o exposto resulta que, consoante esposado alhures, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei do Crime de Tortura 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 hediondos e equiparados, haja vista que, para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental, entretanto, **concedo ordem de *habeas corpus* de ofício para que**, afastado o óbice da vedação legal, o Tribunal de origem, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena dos recorrentes.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0335990-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 629.324 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 227/2009 22709 2272009 37439620098260650

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

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

AGRAVANTE : AGNALDO SELIS
AGRAVANTE : JOAO CELSO REZENDE
AGRAVANTE : RANGEL RICARDO MINGUINI
AGRAVANTE : VALDIR FERNANDES DE MACEDO
ADVOGADO : ODEISMAR DE BRITO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tortura

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : AGNALDO SELIS
AGRAVANTE : JOAO CELSO REZENDE
AGRAVANTE : RANGEL RICARDO MINGUINI
AGRAVANTE : VALDIR FERNANDES DE MACEDO
ADVOGADO : FLÁVIO HENRIQUE COSTA PEREIRA
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental, mas, de ofício concedeu ordem de habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.