



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.642 - RN (2016/0255681-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RICARDO JOSE SILVA DE AZEVEDO
ADVOGADOS : FLAVIANO DA GAMA FERNANDES - RN003623
IGOR BEZERRA DOS SANTOS - RN013861
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TORTURA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO EXCLUSIVAMENTE COM BASE NO ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALTERAÇÃO DO REGIME PARA O SEMIABERTO, COM FULCRO NO ART. 33 E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO PENAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. AUSÊNCIA. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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. Para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto, seguindo os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

2. O regime inicial fechado foi fixado pelo Magistrado de primeiro grau com base, exclusivamente, no disposto pelo art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. A Corte de origem, por sua vez, ao reconhecer a existência de flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado - diante da mera alusão ao § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 -, alterou o regime inicial para o semiaberto à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não evidencia *reformatio in pejus*.

3. Nos termos do artigo 33 e 59 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

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 recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 11 de outubro de 2016(Data do Julgamento)

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.642 - RN (2016/0255681-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
RECORRENTE : RICARDO JOSE SILVA DE AZEVEDO
ADVOGADOS : FLAVIANO DA GAMA FERNANDES - RN003623
IGOR BEZERRA DOS SANTOS - RN013861
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por RICARDO JOSE DA SILVA AZEVEDO, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (HC n.º 2016.008452-4).

Segundo os autos, o recorrente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, como incurso no crime previsto no art. 1º, I, "a", c.c § 4º, I e II, todos da Lei nº 9.455/97. Eis o teor do *decisum*, no que pertinente (fls. 27/34):

(...)

Com base no artigo 59 do Código Penal, referente à aplicação da pena, passo agora a sua dosimetria:

Culpabilidade: Efetiva, pelo alto grau de reprovabilidade da conduta, exigibilidade de conduta diversa e conhecimento da ilicitude. O réu levou a vítima até o local do crime, sem ter prestado qualquer esclarecimento aos seus parentes, tendo ainda colocado a vítima na mala do veículo. Considero que não havia um clima de animosidade naquele momento ou em momento próximo anterior que não havia registros significativos de entreveros ou ameaças anteriores entre autor e vítima; que não houve contrariedades, nem mínimas. Diante do impossível que acontece, somos assim chamados a um mal. Não qualquer mal, mas um mal que se interpõe como necessário e à altura de uma contraordem. Ao longo dessa luta diária, o controle reveste para nós um sonho mítico de que é capaz contornar o impossível. O desafio finalmente termina em vão quando descobrimos o próprio controle sem controles. Assim encerra Cyro Marcos: Quando um policial se deixa corromper, ignora esta Lei fundante e se faz Deus daquele cidadão que cai à sua mercê. Também se faz Deus, e por aí. sim, se desumaniza, quando espanca, tortura e decide sobre a vida ou a morte de um cidadão. Quando as armas substituem a eficácia das palavras, o que as palavras ainda poderiam operar, aí, sim, para este profissional, como para Calígula. ser-lhe-á indiferente dormir ou permanecer desperto. Igualado aos deuses, ou além dos deuses, tornar-se-ão fontes ou referências de seu próprio poder: miragem mortífera (SILVA. Cyro Marcos da. Entre Autos e Mundos. Belo Horizonte: Del Rev. 2003. p. 591. As novas democracias como o Brasil, ainda em processo de consolidação, têm dificuldade para, sem a ajuda de um autoritarismo de memória recente, cuidar de seus assuntos em matéria de segurança interna. Sem chances a curto prazo para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resolver o impasse, a maneira como as agências de controle tratam os acusados e as vítimas do crime em geral apenas simboliza os valores das estruturas predominantes no governo (LUM. Cvnthia. Community Policing or Zero Tolerance- Brit. J. Criminol. 26/6/2009. 49. 788 - 809. Disponível em <bjc.oxfordjournals.org>. Acesso em 20/09/2010. p. 5). Por isso, a consolidação democrática depende de uma transformação dos agentes de controle, realçando o papel do Estado na proteção das minorias, assegurando devido processo legal e liberdade a quem no passado esteve excluído do poder, combatendo a discriminação e não discriminando.

Antecedentes: Não possui maus antecedentes para os fins legais.

Conduta Social: Desconhecida nos autos.

Personalidade: Não existem elementos nos autos que formam dados reais sobre a personalidade do agente.

Motivos: Já integram o tipo do crime (para obter informação).

Circunstâncias do crime: Desfavoráveis. A ação deu-se início na própria casa do agente, onde havia presentes. Verifico que houve vários golpes, o que desfavorece ao acusado.

Observemos que as declarações prestadas pela vítima LEANDRO EMERSON são indicativas dessas circunstâncias desfavoráveis: "... que ficou no matagal de dez a quinze minutos. Que as agressões que se encontram em seu rosto e em suas costas nas fls. de nº 07 foram praticadas por uma corda de ceda... QUE QUANDO SE ENCONTRAVA NA MALA CHEGOU A OUVIR A VOZ DE SUA MÃE PERGUNTANDO POR ELE; [...]; fizeram a abordagem e nada encontraram.

Conseqüências: São próprias do crime.

Comportamento da Vítima: Não foi relevante. A vítima não significava risco à sua pessoa. A vítima não utilizara qualquer arma e se encontrava em situação de passividade. A vítima não demonstrou em nenhum momento que iria causar-lhe mal que justificasse a agressão.

Assim, fixo-lhe a pena-base em 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO (art. 1º, I, "a", da Lei nº 9.455/97).

(...)

Não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Uma vez fixada a pena-base, verifico que em relação aos três acusados já não se torna possível fazer qualquer exasperação da pena em razão da proibição da *reformatio in pejus*.

Vamos então entender melhor o porquê.

Inicialmente, julgou-se procedente a denúncia para condenar os denunciados às penas do art. 1º, I, "a", da Lei 9.455/97, ante à comprovação da autoria e da materialidade delitiva (fls. 135), fixando-se pena definitiva de dois anos e quatro meses.

Em sede apelação, o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte declarou a nulidade do processo (fls. 216), conferindo-se à Defesa oportunidade para produzir provas.

Agora, no segundo julgamento, fixou-se a pena-base em dois anos e quatro meses, não sendo assim possível considerar as causas de aumento em razão do princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 617 do Código de Processo Penal), segundo o qual "o tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença".

Neste sentido segue a jurisprudência:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Na hipótese, não tendo havendo recurso ministerial, a pena inicialmente fixada serve como limite, em face da proibição de reformado in pejus (art. 617, do CPP).

Pelo exposto, em face da PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS, deixo de aplicar as causas especiais de aumento de pena, TORNANDO-SE A PENA DEFINITIVA EM 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO PARA OS ACUSADOS SP PM RICARDO JOSÉ SILVA DE AZEVEDO. SP PM JOSEMAR DE LIMA MOREIRA E SGT PM JOSIEL FÉLIX DOS SANTOS.

Iniciar-se-á o cumprimento da pena ora imposta em regime fechado, em razão do que dispõe o §7º. do art. 1º. da Lei nº 9.455/97. a ser cumprida no Quartel do Comando Geral da Polícia Militar deste Estado quanto aos militares da ativa, à vista da inexistência de estabelecimento prisional militar.

Em que pese a pena privativa de liberdade imposta ser inferior a quatro anos, impossibilitada a concessão dos benefícios contidos nos arts. 43 e segs., CP (substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), haja vista o crime ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44,1, CP).

(...)

Inconformada a Defesa interpôs recurso de apelação na origem, ao qual o Tribunal de Justiça estadual negou provimento em aresto assim sumariado (fls. 35/36):

EMENTA; PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TORTURA - ART. 1º, I, "A", C/C, §. 4º, I E II, TODOS DA LEI 9.455/97. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUSCITADA POR RICARDO JOSÉ SILVA DE AZEVEDO E JOSIEL FÉLIX DOS SANTOS. REJEIÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL NÃO ULTRAPASSADO ENTRE OS MARCOS INTERRUPTIVOS. MÉRITO. PLEITO COMUM ENTRE OS APELANTES. PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DE TORTURA PLENAMENTE COMPROVADAS PARA TODOS OS RECORRENTES. ESPECIAL RELEVÂNCIA DA PALAVRA DO OFENDIDO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL APRESENTADO POR JOSEMAR DE LIMA MOREIRA. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. IDÔNEA FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA PELO JUÍZO A QUO CONDIZENTE COM OS FATOS CONTIDOS NOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. EM CONSONÂNCIA COM PARECER DA 1ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA.

Não satisfeita, a Defesa impetrou prévio *writ* buscando a revisão da pena básica e a alteração do regime inicial de cumprimento de pena. A impetração não foi conhecida, mas foi concedida a ordem, de ofício, tão somente para fixar o regime inicial semiaberto, nos seguintes termos (fls. 54/61):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Destarte, não obstante o comportamento neutro da vítima não sirva a motivar a elevação da pena-base, não verifico excesso arbitrário no dimensionamento da sanção penal, inexistindo, por consequência, flagrante ilegalidade apta a justificar a concessão de ofício da ordem neste ponto, sobretudo porque cada circunstância do delito, se negativa, demanda incremento próprio, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em cumprimento ao comando constitucional que impõe a individualização da pena.

Portanto, desde que exista fundamento amparado em elementos concretos e, ainda, que haja proporcionalidade e razoabilidade, é possível que determinada circunstância judicial negativa desafie maior ou menor exasperação que outra(s), sem qualquer vinculação quantitativa apriorística. Nesse sentir:

(...)

Quanto ao segundo ponto, qual seja ilegalidade no regime prisional imposto, entendo assistir razão aos impetrantes.

Com efeito, consta dos autos que o paciente foi condenado por ter praticado delito tipificado no art. 1º, inciso I, alínea "a", da Lei nº 9.455/97 (crime de tortura²), à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, tendo, o magistrado fixado o regime inicial fechado para o início do cumprimento da pena, com base, unicamente, no §7º, do artigo 1º, do diploma legal mencionado, que assim dispõe:

(...)

Ocorre que, como se sabe, o Plenário do STF, ao julgar o HC 111.840-ES (sessão realizada em 27.6.2012), afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados e consignou que o órgão julgador, no momento da dosimetria, deveria fixar o regime prisional com base nos artigos 33 e 59, ambos do Código Penal, e não com esteio, unicamente, no dispositivo legal. Destaco:

(...)

Assim, considerando que o delito de tortura se equipara a hediondo, nos termos do art. 2º, caput e § 1º, da Lei 8.072/1990, a ele se estende tal interpretação, sendo o caso de se desconsiderar a regra disposta no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/1997, que possui a mesma disposição da norma declarada inconstitucional.

(...)

Com a devida vênia, vejo que a posição adotada pela 1ª Turma do STF, apesar de mais recente, está em clara dissonância com o entendimento do Pleno da própria Corte que declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei 8.072/90, o qual previa a obrigatoriedade do regime inicial fechado para início de cumprimento da pena aplicada por crime hediondo ou equiparado.

Filho-me, portanto, ao posicionamento seguido em sede de controle difuso de constitucionalidade, sobretudo em face do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

E concluo que, no caso concreto, embora a sanção tenha sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos, existem circunstâncias judiciais que foram consideradas desfavoráveis, o que, à luz do §3º, do artigo 33, do Código Penal, impede a fixação do regime aberto, podendo, todavia, ser, a reprimenda corporal, iniciada na modalidade semiaberta.

Ante o exposto, não conheço do writ. Porém, CONCEDO ordem de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, de ofício, apenas para fixar o regime inicial semiaberto.

No presente recurso, no qual a Defesa alega o Sodalício estadual agregou, quando do julgamento do prévio *habeas corpus*, fundamento não considerado na origem para impor ao paciente o regime inicial semiaberto.

Assere que a simples menção às duas circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis não constitui fundamentação idônea a fim de fixar regime mais gravoso que o cabível pela quantidade de pena imposta, violando-se, inclusive, o princípio da proporcionalidade.

Diz que o recorrente preenche os requisitos para concessão do regime aberto.

Destaca bons predicados pessoais do recorrente.

Requer seja fixado o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Estes autos foram distribuídos por prevenção ao AREsp n.º 854.005 e do HC 360.018. Ao recurso foi negado provimento em razão da intempestividade, ao passo que a impetração foi indeferida liminarmente por supressão de instância.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 159-161, da lavra do Subprocurador-Geral da República Roberto Luís Oppermann Thomé, opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.642 - RN (2016/0255681-4) EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME DE TORTURA. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO EXCLUSIVAMENTE COM BASE NO ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ALTERAÇÃO DO REGIME PARA O SEMIABERTO, COM FULCRO NO ART. 33 E PARÁGRAFOS DO CÓDIGO PENAL. *REFORMATIO IN PEJUS*. AUSÊNCIA. REPRIMENDA FINAL INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. 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. Para estabelecer o regime prisional, deve o magistrado avaliar o caso concreto, seguindo os parâmetros estabelecidos pelo artigo 33 e parágrafos do Código Penal.

2. O regime inicial fechado foi fixado pelo Magistrado de primeiro grau com base, exclusivamente, no disposto pelo art. 1º, § 7º, da Lei nº 9.455/97, em manifesta contrariedade ao hodierno entendimento dos Tribunais Superiores. A Corte de origem, por sua vez, ao reconhecer a existência de flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado - diante da mera alusão ao § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 -, alterou o regime inicial para o semiaberto à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não evidencia *reformatio in pejus*.

3. Nos termos do artigo 33 e 59 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal.

4. Recurso ordinário em *habeas corpus* a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Busca o recorrente, no presente recurso, seja fixado o regime aberto, sob a alegação de que o Tribunal de origem agregou fundamentação ao apreciar o prévio *writ*, no qual a defesa pleiteava a modificação do regime inicial fechado para o aberto ou semiaberto, o que teria evidenciado *reformatio in pejus*.

Para o melhor deslinde da questão, impende registrar o teor da sentença condenatória, no que interessa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Circunstâncias do crime: Desfavoráveis. A ação deu-se início na própria casa do agente, onde havia presentes. Verifico que houve vários golpes, o que desfavorece ao acusado. Observemos que as declarações prestadas pela vítima LEANDRO EMERSON são indicativas dessas circunstâncias desfavoráveis: "... que ficou no matagal de dez a quinze minutos. Que as agressões que se encontram em seu rosto e em suas costas nas fls. de nº 07 foram praticadas por uma corda de ceda... QUE QUANDO SE ENCONTRAVA NA MALA CHEGOU A OUVIR A VOZ DE SUA MÃE PERGUNTANDO POR ELE; [...]; fizeram a abordagem e nada encontraram.

(...)

Assim, fixo-lhe a pena-base em 02 (dois) anos 04 (quatro) meses de reclusão (...)

Iniciar-se-a o cumprimento da pena ora imposta em **regime fechado**, em razão do que dispõe o § 7º, do art. 1º, da Lei nº 9.455/97, a ser cumprida no Quartel do Comando Geral da Polícia Militar deste Estado quanto aos militares da ativa, à vista da inexistência de estabelecimento prisional militar. (fls. 29-30 e 34).

Colhe-se do aresto impugnado:

E concluo que, no caso concreto, embora a sanção tenha sido fixada em patamar inferior a 04 (quatro) anos, existem circunstâncias judiciais que foram consideradas desfavoráveis, o que, à luz do § 3º, do artigo 33, do Código Penal, impede a fixação do regime aberto, podendo, todavia, ser, a reprimenda corporal, iniciada na **modalidade semiaberta**. (fl. 122).

O Juiz de primeiro grau, após a realização da dosimetria, fixou o regime fechado para o cumprimento da reprimenda aplicada ao recorrente exclusivamente em razão da determinação do art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97.

Contudo, 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 art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

Dessarte, escorreita a Corte de origem que, ao reconhecer a existência de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

flagrante ilegalidade na imposição do regime inicial fechado - diante da mera alusão pelo magistrado ao § 7º do art. 1º da Lei nº 9.455/97 -, alterou o regime inicial para o semiaberto à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o que não evidencia *reformatio in pejus*.

Ademais, ainda no que diz respeito ao regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do artigo 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o artigo 59, do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriada, eis que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, diante de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Veja-se, em especial, o disposto no § 3º do art. 33 do Estatuto Repressivo, que faz menção ao exame das circunstâncias judiciais para o estipulação do regime carcerário, *in verbis*:

Art. 33.

§ 3.º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

Confirmam-se, a propósito, alguns julgados desta Corte:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONDENAÇÕES CRIMINAIS COM MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. REGIME. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de *habeas corpus* substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, as condenações criminais alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, contudo, não impedem a configuração de maus antecedentes, autorizando o aumento da pena-base acima do mínimo legal.

- Os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e n. 440 do Superior Tribunal de Justiça refutam a imposição do regime mais gravoso quando fundamentado apenas na gravidade abstrata do delito.

- No caso dos autos, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal (2 anos e 4 meses de reclusão), em razão da valoração negativa das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, portanto, fundamentação idônea para fixar regime mais gravoso. Contudo, tendo em vista que o patamar da pena ficou abaixo de 4 anos, o regime intermediário seria o mais adequado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto.

(HC 311.698/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 09/03/2016)

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE CONFIGURADA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Se a confissão do réu foi utilizada para corroborar o acervo probatório e fundamentar a condenação, deve incidir a atenuante prevista no art. 65, III, "d", do Código Penal, sendo irrelevante o fato de a confissão ter sido espontânea ou não, total ou parcial, ou que tenha havido posterior retratação.

2. No julgamento do REsp 1.341.370/MT, a Terceira Seção deste Superior Tribunal reafirmou o entendimento de que, observadas as peculiaridades de cada caso, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

3. O condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos de reclusão, deverá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto, se desfavoráveis quaisquer das circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar as penas, na primeira e na segunda fase da dosimetria, alcançando o *quantum* final do paciente 4 anos de reclusão mais 10 dias-multa.

(HC 340.864/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 09/03/2016)

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso ordinário em *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2016/0255681-4

RHC 76.642 / RN
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00249321820038200001 20160084524 20160084524000100 249321820038200001

EM MESA

JULGADO: 11/10/2016

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS FREDERICO SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: RICARDO JOSE SILVA DE AZEVEDO
ADVOGADOS	: FLAVIANO DA GAMA FERNANDES - RN003623 IGOR BEZERRA DOS SANTOS - RN013861
RECORRIDO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CORRÉU	: JOSEMAR DE LIMA MOREIRA
CORRÉU	: JOSIEL FELIX DOS SANTOS

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

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 recurso ordinário, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.