



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.090 - SP (2016/0331346-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR MARTINHO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TORTURA. REGIME INICIAL. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ENUNCIADO N. 440 DA SÚMULA DO STJ E 718 E 719 DO STF. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO FECHADO PARA CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS. PRECEDENTES DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, ante as alegações expostas na inicial, afigura-se razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. É firme neste Tribunal a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido, foi elaborado o enunciado n. 440 da Súmula desta Corte que prevê: "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". No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

O exame dos autos revelam que após manterem a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o regime fechado foi fixado pelo Magistrado sentenciante e mantido pelo Tribunal de Justiça sem fundamentação idônea, baseado exclusivamente na imposição legal contida na Lei n. 9.455/97, o que contraria a jurisprudência desta Corte.

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, incluído aqui o crime de tortura.

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 21 de março de 2017(Data do Julgamento).

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.090 - SP (2016/0331346-9)

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
IMPETRANTE : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO : FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : OSCAR MARTINHO DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Cuida-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de OSCAR MARTINHO DOS SANTOS, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da Apelação Criminal n. 0069573-34.2003.8.26.0451.

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 1º, I, "a", da Lei n. 9.455/97, às penas de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, tendo a pena privativa de liberdade sido convertida em restritivas de direito.

Irresignados, defesa e Ministério Público apelaram. Ao julgar os recursos, o Tribunal de Justiça estadual deu parcial provimento ao apelo ministerial, cassando a conversão da pena corporal em restritivas de direito e mantendo o regime fechado para cumprimento de pena. Foi reconhecido, ainda, erro material da decisão monocrática, redimensionando a sanção para 2 anos e 4 meses de reclusão, em acórdão assim ementado:

Crime de tortura (Lei nº 9.455/97) - Autoria e materialidade demonstradas por provas contundentes - Absolvição Impossibilidade.

Penas - Erro material detectado no quantum estabelecido - Correção nesta instância - Necessidade - Insurgência ministerial pretendendo a cassação da substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, ante a vedação legal prevista no art. 44,1, do CP - Acolhimento - Viabilidade - Apelos defensivos e ministerial parcialmente providos nos termos proposto pelo voto (fls 816).

No presente *writ*, sustenta a impetrante que a fixação do regime fechado não é compatível com a pena-base no mínimo legal, tendo em vista as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal – CP terem sido julgadas favoravelmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao paciente. Afirma, outrossim, que o regime mais gravoso foi estabelecido unicamente com base na gravidade abstrata do delito, a atrair ao caso, o enunciado n. 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ e n. 719 do Supremo Tribunal Federal – STF.

Por fim, afirma que a imposição do regime inicial fechado constante da Lei n. 9.455/97 foi superada em virtude do julgamento do HC n. 111.840 do STF, que declarou a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

Requer, inclusive liminarmente, a fixação do regime inicial aberto.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 992/993. Prestadas as informações necessárias às fls. 1001/1003 e 1006/1013, o Ministério Público Federal, às fls. 1018/1019, opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 383.090 - SP (2016/0331346-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

Pretende-se, no presente *writ*, consoante outrora relatado, a fixação do regime aberto.

Quanto ao ponto, o Magistrado processante, ao elaborar o decreto condenatório, assim fundamentou:

[...]

Os réus não possuem antecedentes criminais, de forma que suas penas-bases devem ser calculadas no mínimo legal: reclusão de 02 anos, para cada réu.

A causa de aumento da pena irá fazer incidir um acréscimo de um sexto: reclusão de 02 anos e 04 meses, para cada réu.

Não há outras agravantes, atenuantes, ou causas de aumento a serem consideradas.

O regime de cumprimento da pena deve ser o fechado, diante da expressa previsão legal do artigo 1º, parágrafo T, da Lei nº 9.455/97 (fl. 681).

A Corte estadual, em apelação da defesa, manteve o regime inicial fechado sob os seguintes fundamentos:

Por fim, o regime inicial fechado decorre de expressa determinação legal, não se podendo perder de vista, ainda, a violência física e psicológica empregada contra o ofendido (fl. 820).

No tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, é firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Nesse sentido, foi elaborado o Enunciado n. 440 da Súmula desta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte que prevê:

Súmula 440/STJ - "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".

No mesmo sentido, são os enunciados n. 718 e 719 da Súmula do STF, os quais indicam:

A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Os fragmentos das decisões acima transcritos e o exame dos autos revelam que após manterem a pena-base no mínimo legal, por considerarem favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o regime fechado foi fixado pelo Magistrado sentenciante e mantido pelo Tribunal de Justiça sem fundamentação idônea, baseado exclusivamente na imposição legal contida na Lei n. 9.455/97, o que contraria a jurisprudência desta Corte, conforme se verifica:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. DESPROPORCIONALIDADE. ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59 do Código Penal.

- No caso, o quantum da pena (2 anos e seis meses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão) e a primariedade do paciente levariam a fixação do regime aberto. No entanto, tendo em vista que as circunstâncias judiciais não lhe são favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo, e as circunstâncias do caso concreto (quantidade e variedade da droga e o envolvimento de três adolescentes) a fixação do regime de cumprimento de pena no semiaberto se mostra adequado para a repressão do delito.

- Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade (HC 324.129/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 07/10/2015).

Ademais, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 27 de junho de 2012, ao julgar o HC n. 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei n. 8.072/90, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/07, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, incluído aqui o crime de tortura. Cumpre transcrever a ementa do referido julgado:

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 nº 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. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 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 nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013).

Dessa forma, em razão da primariedade do paciente, do *quantum* de pena aplicado, inferior a 4 anos (art. 33, § 2º, "c", do CP), da inexistência de circunstância judicial desfavorável (art. 59 do CP), bem como da fixação da pena-base no mínimo legal, o regime a ser imposto deve ser o aberto.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA VEDAÇÃO DO BIS IN IDEM. PENA NO MÍNIMO LEGAL. ANÁLISE DO ART. 33, § 2º, B E § 3º DO CP. SEMIABERTO. REGIME COMPATÍVEL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

[...]

III - No caso dos autos, as circunstâncias do crime (dentre elas, a expressiva quantidade de drogas apreendidas) justifica o afastamento da minorante, eis que há indicativo de que o paciente se "dedica a atividades criminosas", incorrendo, portanto, o permissivo legal previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (precedentes).

IV - O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 - com redação dada pela Lei n. 11.464/07.

Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

V - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, ambos do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, condenado a pena inferior a 8 (oito) anos, primário, ostentando condições judiciais favoráveis.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício tão somente para que seja fixado o regime semiaberto de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do CP.

(HC 267.378/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 29/04/2015)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. CONCURSO MATERIAL. SOMA DAS PENAS. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Na esteira dos precedentes deste Sodalício Superior, o Tribunal de origem, ao reconhecer a ocorrência de concurso material, fez corretamente o somatório das penas impostas nos delitos de associação e tráfico de drogas (3 anos e 5 anos, respectivamente), tornando-as definitivas em 8 anos de reclusão, para assim avaliar o regime prisional a ser imposto, por força de expressa previsão legal (art. 33, § 2º, "a", do Código Penal e art. 111 da LEP).

3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados.

4. Considerando a quantidade de pena imposta (8 anos), a primariedade dos condenados e o fato de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, deve ser fixado o regime inicial semiaberto, a teor do contido no art. 33, § 2º, alínea "b", e § 3º, do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena (HC 329.568/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 19/11/2015).

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do *habeas corpus*, mas pela concessão da ordem, de ofício, para fixar o regime inicial aberto para o desconto da reprimenda imposta.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0331346-9

HC 383.090 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00247515 00695733420038260451 247515 45101200306957360000 695733420038260451
73803 7382003

EM MESA

JULGADO: 21/03/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO
ADVOGADO	: FABRICIO ROGERIO FUZATTO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP198437
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: OSCAR MARTINHO DOS SANTOS
CORRÉU	: ANDERSON CARLOS MONTEBELO DE LIMA

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

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, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.