



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.681 - SP (2015/0270856-0)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
IMPETRANTE : DARWIN CURY
ADVOGADO : DARWIN CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P S S

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. NULIDADE NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE DEBATE NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FATOS ANTERIORES À LEI N. 12.015/2009. NOVA TIPIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DA PROIBIÇÃO DO *REFORMATIO IN PEJUS*. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO SUPERADA. 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. Incabível a análise das nulidades apontadas no curso da instrução criminal, tendo em vista que as questões não foram debatidas no recurso que ensejou o presente *habeas corpus*, o que impede este Sodalício Superior de examiná-las originalmente, sob pena de indevida supressão de instância.

3. A Lei n. 12.015/2009 criou o tipo específico de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), modificando o quantitativo de pena para quem praticar ato libidinoso contra menor de 14 anos de idade, tendo revogado o art. 214 do CP.

4. Diante da alteração da tipificação realizada pela nova lei disciplinadora dos crimes contra a liberdade sexual, em que a conduta de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos passou a ser o crime de estupro contra vulnerável, cabe o reenquadramento dos delitos praticados antes da vigência da alteração legal, desde que não agrave a quantidade da pena transitada em julgado.

5. 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.

6. Considerando a quantidade de pena imposta (6 anos), a primariedade do condenado 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena.

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 *habeas corpus* de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de dezembro de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.681 - SP (2015/0270856-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de P.S.S., em que se aponta como autoridade coatora a 4ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento à Apelação Criminal Defensiva n. 0076952-26.2007.8.26.0050.

Consta dos autos que:

a) o Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo condenou o paciente, por ofensa ao art. 214, c/c o art. 225, § 1º, I, ambos do Código Penal, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado (fls. XX); e

b) o TJ/SP negou provimento à apelação criminal defensiva, no entanto, em razão da modificação introduzida pela Lei n. 12.015/2009, alterou a tipificação do delito em que o réu foi condenado para a figura do art. 217-A do Código Penal, mantendo o *quantum* da reprimenda (fls. 198/203).

No presente *writ*, o impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal porque: *a)* o réu e seu defensor não foram intimados sobre a realização das audiências realizadas por carta precatória; *b)* a sentença condenatória operou a indevida inversão do ônus probatório, além de seu relatório ser deficiente pela inobservância dos ditames do art. 381, I e II, do Código de Processo Penal; e *c)* o TJ/SP, no julgamento do apelo defensivo, promoveu *reformatio in pejus* ao desclassificar o delito reconhecido pelo Juízo singular para outro mais grave.

A liminar foi indeferida (fls. 428/429).

Em parecer (fls. 437/441), o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 339.681 - SP (2015/0270856-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

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.

Pleiteia-se, preliminarmente, o reconhecimento de supostas nulidades absolutas no curso da ação, sob a alegação de que as teses defensivas foram fragilizadas, ocorrendo cerceamento de defesa.

O recurso de apelação defensiva foi interposto buscando, exclusivamente, a absolvição do paciente por insuficiência de provas (fl. 199).

In casu, o argumento das nulidades operadas pelo Juízo de piso na instrução criminal, quais sejam, o réu e seu defensor não terem sido intimados sobre a realização das audiências realizadas por carta precatória e na sentença condenatória ter-se operado a inversão do ônus probatório, além de seu relatório ser deficiente pela inobservância dos ditames do art. 381, I e II, do Código de Processo Penal, não foi objeto de debate na Corte de origem e, por isso, não pode ser originalmente apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Nesse mesmo sentido: HC 37.564/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 13/12/2004.

A alegação de suposta *reformatio in pejus* operada pela Corte *a quo* quando do julgamento do recurso de apelação defensivo também não merece acolhida.

O TJ/SP negou provimento à apelação criminal defensiva, no entanto, em razão da modificação introduzida pela Lei n. 12.015/2009, alterou a tipificação do delito em que o réu foi condenado para a figura do art. 217-A do Código Penal, mantendo o *quantum* da reprimenda (fls. 202/203):

Consistente, pois, o quadro probatório, sendo de rigor a condenação, instando salientar que para o delito de que cuidam os autos, previsto no artigo 214, do Código Penal, a sistemática anterior previa pena mínima de seis anos de reclusão, portanto mais benéfica para o apelante, não se cogitando da aplicação da pena prevista no artigo 217-A do Código Penal aos delitos anteriores à vigência da Lei nº 12.015/09.

[...]

Diante do exposto, nega-se provimento ao apelo de PAULO SANTOS SOUZA, desclassificado o delito do artigo 214 do Código Penal para o seu artigo 217-A, com a alteração introduzida pela Lei nº 12.015/09; comunicando-se.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressalto que o acórdão não ensejou agravamento da situação do réu, pois foi mantida a pena de 6 anos de reclusão.

A Lei n. 12.015/2009 criou o tipo específico de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), modificando o quantitativo de pena para quem praticar ato libidinoso contra menor de 14 anos de idade, tendo revogado o art. 214 do CP.

Diante da alteração da tipificação realizada pela nova lei disciplinadora dos crimes contra a liberdade sexual, em que a conduta de atentado violento ao pudor contra vítima menor de 14 anos passou a ser o crime de estupro contra vulnerável, cabe o reenquadramento dos delitos praticados antes da vigência da alteração legal, desde que não agrave a quantidade da pena transitada em julgado.

Confira-se:

HABEAS CORPUS. ANTIGO ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA MENOR DE 14 ANOS. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM GRAU DE APELAÇÃO. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA COMO UM RECURSO INOMINADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. NÃO CONHECIMENTO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELATIVA OU ABSOLUTA. MATÉRIA NÃO DECIDIDA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA DESCABIDA. ABOLITIO CRIMINIS COM A SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009. INEXISTÊNCIA.

1. Mostra-se inadequado e descabido o manejo de habeas corpus como um recurso inominado, em substituição ao recurso especial cabível.
2. É imperiosa a necessidade de racionalização do writ, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal, devendo ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.
3. "O habeas corpus é garantia fundamental que não pode ser vulgarizada, sob pena de sua descaracterização como remédio heróico, e seu emprego não pode servir a escamotear o instituto recursal previsto no texto da Constituição" (STF, HC 104.045/RJ).
4. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida.
5. Limitando-se o acórdão atacado a dizer ocorrente o crime, com base nas provas dos autos, sem emitir qualquer juízo acerca da presunção de violência do delito, se relativa ou absoluta, não há como conhecer do assunto, sob pena de indevida supressão de instância.
6. **Embora o art. 214 do Código Penal tenha sido revogado, a figura típica nele definida (atos libidinosos diversos da conjunção carnal) encontra-se, desde a Lei nº 12.015/2009, definida no art. 213 com o nome de "Estupro". A antiga combinação com o art. 224, agora está no art. 217-A, denominada "Estupro de vulnerável". Não há, portanto, falar em *abolitio criminis*.** Precedentes desta Corte.
7. Habeas corpus não conhecido (HC 150.121/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013).

Por oportuno, cumpre observar que o paciente sofre flagrante constrangimento ilegal no que se refere ao regime inicial do cumprimento da pena, visto que, apesar de todas as circunstâncias judiciais terem sido consideradas favoráveis, a pena-base ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sido fixada no mínimo legal e o paciente ser primário, a sentença fixou o regime fechado, apresentando fundamentação que se encontra superada (fl. 122).

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.

Assim, considerando a quantidade de pena imposta (6 anos), a primariedade do condenado 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.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Corte Superior:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. PRIMARIEDADE E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. SÚMULA 440/STJ. PROGRESSÃO DE REGIME. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.464/2007. REGRAMENTO PREVISTO NO ART. 112 DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. A Corte Suprema, ao julgar o HC n. 82.959/SP, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, em sua redação original, que vedava a progressão do regime aos condenados por crimes hediondos e equiparados.

3. O advento da Lei n. 11.464/2007, que alterou a Lei 8.072/1990, estabeleceu o regime inicial fechado obrigatório (art. 2º, § 1º), mas assegurou, legalmente, o direito à progressão, desde que cumpridos 2/5 da pena, se o apenado for primário, e 3/5, se reincidente (art. 2º, § 2º).

4. Apreciando a nova redação do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, o STF, no julgamento do HC 111.840/ES, assentou que inexistente 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, do Código Penal.

5. Em virtude do princípio da irretroatividade da lei penal, salvo se benéfica (art. 5º, inciso XL, da CF), a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento no sentido de que "Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei n.

7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional" (Súmula 471/STJ).

6. Nesse contexto, os condenados a crimes hediondos ou equiparados têm direito à fixação do regime inicial conforme as balizas do art.

33, §§ 2º e 3º, do CP e à progressão, cujos requisitos são os previstos no art. 112 da LEP para os crimes praticados antes da vigência da Lei 11.464/2007, e os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos no art. 2º, § 2º, da Lei 8.072/1990 para os posteriores.

7. Na espécie, o paciente foi condenado a 6 anos de reclusão, é primário e as circunstâncias judiciais foram consideradas todas favoráveis, o que lhe permite iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semiaberto, conforme art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, observado o regramento previsto no art.

112 da LEP para efeito de progressão.

8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para alterar o regime prisional do paciente para inicial semiaberto e determinar a observância do regramento previsto no art. 112 da LEP para efeito de progressão.

(HC 320.700/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 21/09/2015)

HABEAS CORPUS. ART. 213, CAPUT, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. § 1.º DO ARTIGO 2.º DA LEI 8.072/90 DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO STF NO HC 111.840/ES. (3) AFERIÇÃO IN CONCRETO ACERCA DA EVENTUAL MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. (4) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento.

2. É pacífica a compreensão neste Sodalício de que o estupro constitui crime hediondo. Todavia, a obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei de Crimes Hediondos 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.

3. Com o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções avaliar o caso sub judice, no tocante ao regime inicial de cumprimento da pena, uma vez que o magistrado não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz das balizas delineadas pelo art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para que, afastada a obrigatoriedade do regime inicial fechado (art. 2.º, § 1.º, da Lei n.º 8.078/90), o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a eventual possibilidade de modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

(HC 313.879/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015)

Diante do exposto, NÃO CONHEÇO do presente *habeas corpus*. Contudo, CONCEDO a ordem, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena do paciente.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0270856-0

HC 339.681 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00769522620078260050 050070769524 20140000144427 50070769524
769522620078260050

EM MESA

JULGADO: 03/12/2015
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DARWIN CURY
ADVOGADO : DARWIN CURY
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : P S S

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

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