



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.125 - SP (2013/0190149-7)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : WILSON JOSÉ DOS SANTOS MÚSCARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO LUIZ DE PAULA LEITE

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TORTURA. NULIDADE DECORRENTE DO FATO DE O ADVOGADO DO PACIENTE, AO FINAL DA AÇÃO PENAL, TER PASSADO À CONDIÇÃO DE ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME PRISIONAL FECHADO. PREVISÃO LEGAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO STF. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. As alegações de nulidade decorrente do fato de o advogado do paciente, ao final da ação penal, ter passado à condição de assistente da acusação não foi enfrentada no acórdão combatido, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Precedentes.
3. Desde o julgamento do HC 111.840/ES (Rel. Min. DIAS TOFFOLI) foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF a previsão legal (art. 2º, § 1º da Lei n. 8.072/90, na redação da Lei n. 11.464/2007) que determinava a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, devendo as regras do art. 33 do CP ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados. Precedentes.
4. *Habeas corpus* não conhecido, mas ordem concedida, de ofício, apenas para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito, bem assim a previsão legal do art. 1º, § 7º, da Lei 9455/97 e do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de maio de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.125 - SP (2013/0190149-7)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : WILSON JOSÉ DOS SANTOS MÚSCARI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CAIO LUIZ DE PAULA LEITE

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de CAIO LUIZ DE PAULA LEITE, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade 0009492-71.1999.8.26.0286/50001.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, pelo Juízo de 1º Grau, à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 1º, I, *a*, c/c § 4º, I, da Lei 9.455/97.

O Tribunal *a quo*, ao julgar as Apelações Criminais interpostas pela defesa e pelo Ministério Público, por maioria dos votos, reformou a sentença e, em relação ao paciente, reduziu a pena a 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de reclusão, mantendo-se o regime inicial fechado.

A defesa do paciente manejou, então, Embargos Infringentes, visando fazer prevalecer o entendimento do voto vencido.

Sustenta o impetrante, em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal, decorrente da fixação de regime inicial, para cumprimento de pena, mais gravoso do que o previsto em lei, pois *o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá desde o início, cumpri-la em regime aberto* (fl. 5).

Aventa a ocorrência de nulidade processual, de vez que o paciente teve sua defesa prejudicada, porquanto foi *defendido por um advogado que ao final da ação passou a ser assistente de acusação contra ele* (fl. 5).

Requer, nesse contexto, a concessão da ordem, liminarmente inclusive, para que seja fixado o regime aberto, para o início de cumprimento da pena.

A liminar foi indeferida às fls. 95/96.

As informações foram prestadas às fls. 102/253, 268/269, 271/272 e 276/285.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 257/261, pelo não conhecimento do *writ*.

Extraí-se das últimas informações, prestadas em 14/10/2015, que não há notícias do cumprimento do mandado de prisão, estando o paciente na situação de procurado (fl. 268).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 272.125 - SP (2013/0190149-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012, assim alinhando-se a precedente do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. MINISTRA ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Relativamente à alegação de nulidade decorrente do fato de o advogado do paciente, ao final da ação penal, ter passado à condição de assistente da acusação, tem-se que referida mácula não foi enfrentada nos acórdãos da apelação e dos embargos infringentes, o que impede a análise da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e desta Corte:

HABEAS CORPUS. PACIENTES CONDENADOS PELO CRIME DE LATROCÍNIO. INTERROGATÓRIO POLICIAL. MENOR DE VINTE UM ANOS. PRESENÇA DE CURADOR. EXIGÊNCIA AFASTADA QUANDO O RÉU É ACOMPANHADO POR ADVOGADO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO INSTRUTOR INDEFERIR AS DILIGÊNCIAS CONSIDERADAS IRRELEVANTES, IMPERTINENTES OU PROTELATÓRIAS. NÃO JUNTADA DE DOCUMENTOS QUE SERIAM DEMONSTRADORES DA INOCÊNCIA DOS ACUSADOS. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ORIGEM. DUPLA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E DENEGADO. 1. [...] 4. A alegação de cerceamento de defesa decorrente da não juntada de documentos, os quais seriam imprescindíveis à absolvição dos pacientes, não foi suscitada nem analisada nos recursos de apelação interpostos no Tribunal de origem. Desse modo, o seu conhecimento por esta Corte implicaria dupla supressão de instância e contrariedade à repartição constitucional de competências. Precedentes. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e denegado.

(HC 96421, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 7/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 22-10-2014 PUBLIC 23-10-2014).

HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A NATUREZA. LEI N. 9.605/1998. DEFESA PRÉVIA. APRESENTAÇÃO INTEMPESTIVA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. SUBMISSÃO DA QUESTÃO AO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Evidenciado que a questão relativa à nulidade em razão do não recebimento da defesa prévia, tida por extemporânea, não foi submetida à apreciação do Tribunal de Justiça, o conhecimento originário da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça configuraria indevida supressão de instância.

2. Habeas corpus não conhecido.

(HC 150.862/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/9/2011, DJe 28/9/2011).

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. DEFICIÊNCIA NA DEFESA TÉCNICA. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

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. A anulação do julgamento do Tribunal do Júri só é possível quando os jurados decidirem em desconformidade com os elementos de prova constantes nos autos, e não quando se acolhe uma das versões submetidas ao Conselho de Sentença.

3. No caso dos autos, considerando a situação fático-probatória delineada pelo acórdão a quo, observa-se que não houve decisão contrária à prova dos autos, de tal sorte que inexistente constrangimento ilegal a ser sanado.

4. A alegada deficiência da defesa técnica não pode ser examinada em sede de habeas corpus, porquanto, além de o tema depender de dilação probatória para ser analisado, resultaria em supressão de instância, uma vez que o Tribunal de Justiça não apreciou a questão.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 314.982/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 22/02/2016)

No tocante ao regime prisional aplicável à espécie, assim manifestaram-se as instâncias a quo:

Sentença (fl. 18):

O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, em razão do disposto no art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97 e por se tratar de delito extremamente grave e praticado com violência contra a pessoa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Acórdão (fl. 41):

O regime fechado decorre do art. 1º, § 7º, da lei n.º 9.455/97, o que inviabiliza a concessão de quaisquer benefícios legais.

Como se vê, o regime inicial fechado foi fixado com base na gravidade abstrata do delito e na previsão legal do art. 1º, § 7º, da Lei 9.455/97, que estabelece que o *condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado*, tendo sido equiparado, o crime de tortura, aos crimes hediondos, aos quais foi estabelecido o regime fechado para o início do cumprimento da pena, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/2007.

No entanto, a previsão legal do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, na redação dada pela Lei n. 11.464/2007, foi declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, pelo Plenário do STF no julgamento do HC n. 111.840/ES (Rel. Min. Dias Toffoli), sendo, a partir de então, afastada a obrigatoriedade de imposição de regime inicial fechado, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, tendo lá ficado consignado que as regras do art. 33 do CP deveriam ser utilizadas também na fixação do regime prisional inicial dos crimes hediondos e equiparados, daí o constrangimento ilegal.

O § 3º do art. 33 do CP, por sua vez, estabelece que a *determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código*. Ou seja, exige-se fundamentação concreta para a fixação de regime inicial mais gravoso do que a pena aplicada permite, nos termos do disposto das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF, *ad litteram*:

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.

Súmula 718/STF: 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.

Súmula 719/STF: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Cito, a propósito, os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TORTURA. CONDENAÇÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. ART. 1º, § 7º, DA LEI 9.455/97. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. PRIMARIEDADE. QUANTUM DA PENA. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. A obrigatoriedade do regime inicial fechado prevista na Lei do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Tratando-se de pacientes primários, com circunstâncias judiciais favoráveis, que levaram à fixação da pena-base no mínimo legal, e diante do quantum da pena final, inferior a 4 anos, de rigor a fixação do regime prisional aberto.

3. A substituição da pena por medidas restritivas de direitos não é cabível, nos termos do art. 44, I, do Código Penal, pois o delito foi cometido mediante violência.

4. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar, garantir que os pacientes iniciem o cumprimento da reprimenda no regime aberto.

(HC 333.905/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 07/10/2015)

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.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, também nos casos de utilização do habeas corpus em substituição ao recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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) (com destaques)

Ante o exposto, voto por não conhecer do *habeas corpus*, mas, de ofício, concedo a ordem para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, com estrita observância às regras do art. 33 do CP, afastada a gravidade abstrata do delito, bem assim a previsão legal do art. 1º, § 7º, da Lei 9455/97.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0190149-7

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 272.125 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 03384023420108260000 11552005 246822004 3384023420108260000 990092466259
990103384024

EM MESA

JULGADO: 03/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JULIANO BAIOCCHI VILLA-VERDE DE CARVALHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: WILSON JOSÉ DOS SANTOS MÚSCARI
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: CAIO LUIZ DE PAULA LEITE
CORRÉU	: THOMPSON MÁRIO GALVÃO
CORRÉU	: NILTON CÉSAR DA SILVA
CORRÉU	: FRANCISCO FERNANDO RAMALHO DE VECCHI

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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou entendimento pessoal a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.