



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.202 - SP (2013/0143142-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA
CONVOCADA DO TJ/SE)
IMPETRANTE : EURÍALE DE PAULA GALVÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : O DOS S

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 12.015/2009. *ABOLITIO CRIMINIS*. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA CORTE DE ORIGEM. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA/DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. INOCORRÊNCIA. REPRIMENDA SUPERIOR A QUATRO ANOS E INFERIOR A OITO ANOS. REGIME INICIAL FECHADO FIXADO COM BASE NA VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA QUE JUÍZO DA EXECUÇÃO EXAMINE A POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO.

– Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário/especial.

– A alegação de *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor, após a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, não foi debatida perante o Tribunal de origem, o que inviabiliza o conhecimento da matéria nesta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

– A demonstração, pelo Tribunal de origem, de que o paciente foi devidamente assistido por defensor durante todo o processo, tendo este exercido todos os atos processuais concernentes à defesa, impede o reconhecimento de nulidade da ação penal por deficiência de defesa técnica.

– O acórdão de apelação fixou o regime inicial fechado somente com base na vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007. Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o Supremo Tribunal Federal após ele ter declarado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados.

– No caso, considerando que já houve o trânsito em julgado da condenação, cabe ao Juízo das Execuções reavaliar o regime inicial de cumprimento da pena diante dos elementos contidos nos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

– *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para determinar que o Juiz das Execuções, afastada a vedação legal, verifique qual o regime inicial de cumprimento da pena mais adequado ao paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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*, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 03 de junho de 2014(data do julgamento).

MINISTRA MARILZA MAYNARD
(DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.202 - SP (2013/0143142-4)

RELATORA : MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)

IMPETRANTE : EURÍALE DE PAULA GALVÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : O DOS S

RELATÓRIO

A EXMA SRA MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de O. dos S., apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado por atentado violento ao pudor, à pena de 6 anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado (Ação Penal nº 392/2002, Vara Única da Comarca de Agudos/SP).

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal de origem deu parcial provimento ao recurso para fixar o regime inicial fechado.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

No presente *writ*, alega o impetrante, em síntese, a ocorrência de nulidade do feito por ausência/deficiência de defesa, bem como a incidência da *abolitio criminis*, em razão do advento da Lei n. 12.015/09.

Sustenta, ainda, que a imposição de regime mais gravoso para o início do cumprimento de pena se deu sem a devida fundamentação.

Indeferido o pedido liminar (fl. 49) e prestadas as informações (fls. 53/88), opinou o Ministério Público Federal "pelo conhecimento parcial do *writ*, para que seja determinada a análise do caso pelo Juízo das Execuções Criminais, competente para apreciar o preenchimento ou não dos requisitos à fixação do regime inicial semiaberto" (fl. 95).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 270.202 - SP (2013/0143142-4)

VOTO

A EXMA SRA MINISTRA MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (Relatora):

O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir *habeas corpus* substitutivo de recurso no processo penal. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

A propósito, confira-se:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O STF. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Excelso Supremo Tribunal Federal, em recentes pronunciamentos, aponta para uma retomada do curso regular do processo penal, ao inadmitir o *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR, Primeira Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/08/2012, publicado no DJe de 11/09/2012; HC 104.045/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministra Rosa Weber, julgado em 28/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012; HC 108181/RS, Primeira Turma, Relator Min. LUIZ FUX, julgado em 21/08/2012, publicado no DJe de 06/09/2012. Decisões monocráticas dos ministros Luiz Fux e Dias Tóffoli, respectivamente, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 27/08/2012) e HC 114.924/RJ (DJe de 27/08/2012).

2. Sem embargo, mostra-se precisa a ponderação lançada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que, 'no tocante a *habeas* já formalizado sob a óptica da substituição do recurso constitucional, não ocorrerá prejuízo para o paciente, ante a possibilidade de vir-se a conceder, se for o caso, a ordem de ofício.'

3. Hipótese em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada a fim de assegurar a execução de medida protetiva de urgência, porque, 'usuário de drogas, já se envolveu em outras situações de violência doméstica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra a mulher, estando, inclusive, respondendo por tentativa de homicídio de [sua esposa], de onde se infere que a sua custódia é necessária para a garantia da ordem pública e, sobretudo, da segurança da ofendida'.

4. *Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de ofício.*

5. *Habeas corpus não conhecido* (HC 221.200/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 19.9.2012).

Dessa forma, não se conhece do presente *habeas corpus* porque substitutivo de recurso próprio.

Todavia, passo à análise do pedido deduzido diante da possibilidade da concessão de ordem de ofício no caso de restar configurada alguma flagrante ilegalidade a ser sanada.

Discute-se, neste *habeas corpus*, três temas – (I) nulidade da ação penal por ausência/deficiência de defesa, (II) *abolitio criminis* do delito de atentado violento ao pudor, ante a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2.009 e a (III) necessidade de fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

De início, observa-se, da leitura do acórdão de apelação e dos embargos de declaração, que a alegação de *abolitio criminis*, não foi examinada pela Corte de origem, o que impede, sob pena de supressão de instância, a análise do tema neste Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à alegada nulidade da ação penal em razão da ausência/deficiência de defesa técnica, assim decidiu o Tribunal de origem:

"O embargante sustenta que o sentenciado permaneceu indefeso, em virtude do conteúdo escasso que se extrai das peças processuais elaboradas pela defesa técnica, além de que houve desistência da oitiva das testemunhas de defensivas.

Dos autos extrai-se que foram indicadas duas testemunhas defensivas, em defesa preliminar (fls. 38), tendo sido requerida a desistência de oitiva de Alexandre Carreira (fls. 50) e de Carla Almeida dos Santos (fls. 68), após a realização de diligências para localizar o paradeiro dessas pessoas.

Pois bem, a ilustre Defesa nomeou e acompanhou a expedição de cartas precatórias para inquirição das testemunhas defensivas, mas não obteve êxito em sua localização.

De se ver, a esse respeito, que em relação a testemunha Carla Almeida dos Santos expediu-se ofícios a autoridade policial e aos Serviços de Proteção ao Crédito (CDL, SPC e SERASA), com a finalidade de localizá-la, obtendo-se a resposta negativa.

Tais apontamentos evidenciam, à clara luz, que a impossibilidade



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de inquirição das testemunhas não pode ser atribuída ao desempenho do trabalho defensivo.

Da mesma forma, em detida leitura das alegações finais de fls. 81/84, observa-se que os argumentos expendidos pela defesa técnica não são desprezíveis, falhos ou deficientes, como apontou o embargante. Muito pelo contrário, a advogada Dra. Denise Cristina Gotuzo ateve-se aos detalhes que circundam os fatos, de maneira incisiva e com precisão ao cerne da questão debatida em Juízo.

Inocorreu, portanto, a nulidade aviventada em sede de embargos de declaração." (fls. 77/78)

Conforme restou demonstrado pela Corte de origem, o paciente foi devidamente assistido por defensor durante todo o processo, tendo este exercido todos os atos processuais, não havendo demonstração de qualquer prejuízo ocasionado pela defesa técnica.

Confira-se, ainda, o Enunciado da Súmula n. 523 do STF, *in verbis*:

No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

No mesmo sentido, vejam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. 2. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPRESCINDIBILIDADE DE DEVIDA INSTRUÇÃO E DE PRÉVIA SUBMISSÃO À INSTÂNCIA DE ORIGEM. 3. NULIDADES PROCESSUAIS. DEFESA DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. SÚMULA 523/STF E ART. 563 DO CPP. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. 4. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE REQUISITOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, RATIFICANDO-SE A LIMINAR, PARA CASSAR O DECRETO DE PRISÃO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes.

2. Ainda que se mostre possível o exame das questões suscitadas indevidamente por meio de habeas corpus substitutivo de recurso



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordinário, a fim de se evitar prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal, é imprescindível que a impetração esteja devidamente instruída e que os temas tenham sido efetivamente submetidos ao crivo prévio das instâncias ordinárias. Não tendo sido todos os temas submetidos ao exame da Corte a quo, não é possível conhecer deles.

3. A defesa técnica tem liberdade de atuação e sua deficiência só enseja a declaração de nulidade se ficar comprovado o prejuízo, o que sequer foi apontado pelo impetrante. Inteligência do verbete nº 523 da Súmula da Suprema Corte. Prevalece no moderno sistema processual penal que eventual alegação de nulidade deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo, o que não se verificou in casu. Portanto, não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora máxima pas de nullité sans grief, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Há patente constrangimento ilegal quando a prisão cautelar é decretada e mantida à míngua de fundamentação válida. A referência genérica à possibilidade de se deixar o distrito da culpa, desvinculada de ato concreto praticado pelo paciente, que demonstre seu intento de se furtar à aplicação da lei penal, não legitima a medida extrema.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, ratificando-se a liminar, para cassar o decreto de prisão, estendendo-se os efeitos da ordem ao corréu W G B (HC 226.954/MA, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe de 16/04/2013).

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE ABSOLUTA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Conquanto se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, mostra-se importante a revisão de nossa jurisprudência.

2. Mister recompor a missão constitucional desta Corte de Justiça, que não pode continuar servindo como se fosse um "terceiro grau de jurisdição", pois a sua atuação restringe-se às hipóteses delineadas no artigo 105 da Carta Magna.

3. À luz desse preceito, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.

4. Segundo a Súmula 523 do STF, no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.

5. No caso, não se pode acolher a alegação de ausência de defesa quando o patrono atuou de forma diligente em todas as fases do processo, além de oferecer alegações finais e razões de apelação.

6. Não houve comprovação do prejuízo supostamente suportado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo paciente em razão da não admissão do recurso especial e do agravo de instrumento manejados pelo patrono, sem observância dos requisitos legais.

7. A ausência de recursos, mesmo quando cabíveis, não pode ser interpretada como causa de nulidade dos processos, ante o princípio da voluntariedade. Igualmente, não se pode aceitar a tese de nulidade para os casos em que houve a interposição de recurso, mas este deixou de ser admitido por ausência de um dos requisitos essenciais (recurso especial sem assinatura, agravo de instrumento sem a devida instrução, etc).

8. Transitada em julgado a sentença condenatória, não há irregularidade no início de cumprimento da pena pelo paciente, devendo ser cassada a liminar que deferira o direito de aguardar em liberdade o julgamento deste writ.

9. Habeas Corpus não conhecido, cassada a liminar anteriormente deferida. (HC 156.717/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJe de 4/9/2013).

Por fim, em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, é possível constatar a existência do alegado constrangimento ilegal, pois o acórdão de apelação deixou consignado que a fixação do regime inicial fechado deu-se em razão da vedação contida no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, modificada pela Lei n. 11.464/07 (fl. 78).

Ocorre que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/6/2012, no julgamento do HC 111.840/ES, declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990, que determinava a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crime hediondos e os a ele equiparados.

Na hipótese, esta Corte possui o entendimento de que cabe ao Juízo da Execução, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação, reavaliar os elementos concretos dos autos, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, para verificar qual o regime adequado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao paciente.

Pelo exposto, não conheço do *habeas corpus*, no entanto, concedo a ordem de ofício, para que o Juízo das Execuções, analisando o caso concreto, avalie a possibilidade de eventual modificação do regime inicial de cumprimento de pena.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0143142-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 270.202 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3922002 9336433 93364333 9336433300

EM MESA

JULGADO: 03/06/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

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

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EURÍALE DE PAULA GALVÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : O DOS S

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

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.