



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.121 - SP (2009/0197940-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : FÁBIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A B
ADVOGADO : FABIO TOFIC SIMANTOB
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA

EMENTA

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.

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 Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.
Dr(a). FABIO TOFIC SIMANTOB, pela parte PACIENTE: V A B

Brasília, 05 de fevereiro de 2013(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.121 - SP (2009/0197940-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : FÁBIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A B
ADVOGADO : FABIO TOFIC SIMANTOB
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de V. A. B., apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 930.286.3/1).

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 7 (sete) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela prática do delito tipificado no art. 214, *caput*, combinado com art. 224, alínea *a*, e art. 71, *caput*, todos do Código Penal, autorizando o juiz o recurso em liberdade.

O Tribunal *a quo*, em sede de apelação, manteve a sentença condenatória.

No presente *mandamus*, os impetrantes, à luz de recente decisão proferida pela 6ª Turma desta Corte, pretendem seja reconhecida a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, com a sua consequente absolvição.

Sustentam que a condenação reveste-se de ilegalidade, “posto que calcada em presunção absoluta de culpabilidade, derivada de circunstância objetiva, qual seja, o fato da sedizente vítima contar com 13 (treze) anos na época dos fatos” (fl. 4).

Entendem que o Juízo monocrático e o Tribunal *a quo* “não podiam simplesmente aplicar a presunção do art. 224, *a*, sem examinar, ainda que fosse para condenar, a existência ou não da capacidade da vítima de entender o caráter sexual da abordagem e resistir a uma aproximação indesejada” (fl. 5).

Asseveram que a presunção contida no referido artigo, vigente à época dos fatos, não é absoluta, mas relativa, e que, havendo consentimento da vítima, não há crime.

Aduzem que “o que a lei visa proteger é a integridade sexual das pessoas incapazes de resistência; afora estas hipóteses, o que se passa entre pessoas com capacidade de discernimento não pode ser de interesse do direito penal” (fl. 13).

Alternativamente, defendem a tese de que é de rigor o reconhecimento da *abolitio criminis* do atentado violento ficto operada com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Salientam que o crime novo (art. 217-A – estupro de vulnerável) é mais grave e, por isso, não se aplica a fatos anteriores. Assim, com a revogação do art. 224, o art. 214 só prevê a violência real, não havendo qualquer norma em vigor que puna o estupro ou o atentado violento ao pudor fictos.

Requerem, liminarmente, a suspensão dos efeitos do acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal nº 930.286.3/1, até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pretendem a absolvição do paciente nos autos da Ação Penal nº 404/00, que teve trâmite perante a 1ª Vara Judicial da Comarca de Dracena/SP.

Indeferida a liminar (fls. 74/75), foram prestadas informações (fls. 100/138), esclarecendo que o acórdão da apelação foi objeto de recurso extraordinário, não admitido na origem, o que motivou agravo para o Supremo Tribunal Federal (Ag nº 698.309/SP), não conhecido pelo Relator. Interposto agravo regimental, foi-lhe negado provimento. Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados, mas concedida ordem de *habeas corpus*, *ex officio*, para afastar o regime integralmente fechado.

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 88/99).

Informações complementares (fls. 155/161), prestadas em setembro de 2011, esclareceram que, àquela data, constava, no Supremo Tribunal Federal, agravo regimental interposto contra decisão monocrática de não admissão de embargos de divergência naquela Corte.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 150.121 - SP (2009/0197940-6)

EMENTA

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.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

Busca-se o reconhecimento da atipicidade do crime de atentado violento ao pudor, com violência presumida, porque seria esta presunção relativa e não absoluta. Alternativamente, teria havido *abolitio criminis* do tipo do art. 214 do Código Penal, com a superveniência da Lei nº 12.015/2009.

Destaque-se, inicialmente, a imperiosa necessidade de racionalização do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. Deve ser observada sua função constitucional, de sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção.

As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários ou de índole extraordinária, tampouco como sucedâneo de revisão criminal.

Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória. Sobre o tema, confirmam-se os diversos julgados desta Corte:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DIREITO A PERMANECER EM LIBERDADE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. PLEITO SUPERADO. PERDA DO OBJETO. ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DOS TEMAS APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA TER TRANSITADO EM JULGADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ARGUMENTOS A SEREM EVENTUALMENTE DEDUZIDOS EM SEDE DE REVISÃO CRIMINAL. PEDIDO PARCIALMENTE PREJUDICADO. LIMINAR CASSADA. ORDEM NÃO CONHECIDA EM PARTE.

I. Passada em julgado a condenação, infere-se a perda do objeto do *writ* no tocante ao pleito de concessão ao paciente do direito de permanecer em liberdade até a superveniência do trânsito em julgado da sentença, devendo, ainda, ser reconhecida a caducidade da liminar anteriormente deferida.

II. A Jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que via estreita do *writ* mostra-se inidônea para desconstituir édito condenatório já transitado em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois, conforme já consignado, para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

III. A substituição da revisão criminal pelo *habeas corpus* somente é admitida quando a apreciação do pleito prescindir de revolvimento de provas e a ilegalidade for manifesta, o que não se revela no caso em apreço.

IV. Deve ser reconhecida a prejudicialidade do pedido, no que se refere ao direito de o réu permanecer solto até o trânsito em julgado da condenação, não merecendo conhecimento a impetração no tocante aos demais pleitos deduzidos no *writ*.

V. Pedido parcialmente prejudicado, cassando-se a liminar antes deferida, e ordem não conhecida no demais, nos termos do voto do Relator.

(HC 170.347/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGADO. INCONFORMISMO DA PARTE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECLUSÃO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO.

1. A decisão embargada utilizou fundamentação suficiente para solucionar a controvérsia, inexistindo omissão ou contradição passível de reforma por meio de embargos de declaração.

2. O habeas corpus não se presta à função de sucedâneo de revisão criminal. O trânsito em julgado da sentença penal condenatória determina a preclusão das matérias julgadas.

3. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no HC 91.697/RJ, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PROVA EMPRESTADA. ELEMENTOS ORIUNDOS DO INQUÉRITO POLICIAL E DE PROCEDIMENTO MENORISTA. DEBATE QUE EXIGE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VIA ELEITA. IMPROPRIEDADE.

1. É inviável, na angusta via do habeas corpus, discutir-se matéria que envolve revolvimento fático-probatório. Ademais, in casu, o Pretório Excelso já reconheceu, em sede de Recurso Extraordinário, que o tema em questão - relativo à prova emprestada - teria colorido diferente daquele debate puramente jurídico, típico da discussão a ser empreendida nos Tribunais Superiores. Desta forma, o mais apropriado, nesta quadra, seria o manejo da revisão criminal.

2. Ordem não conhecida.

(HC 160.538/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2011, DJe 20/06/2011)

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. REGIME FECHADO. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. APELAÇÃO. EFEITO RESTRITO. NÃO CONHECIMENTO.

1. Se a pretensão aqui formulada, de alteração do regime prisional, não foi examinada pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação manejada pela Defesa, não pode ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. Em se tratando de apelação interposta contra decisão do Tribunal do Júri, a análise da Corte estadual é restrita às razões da Defesa.

3. Por mais que o habeas corpus seja um dos remédios constitucionais mais importantes, deve o seu emprego submeter-se às hipóteses de cabimento. Ademais, o seu manejo imoderado desrespeita à lógica do sistema recursal, abastardando, ainda, o campo próprio da revisão criminal.

4. Writ não conhecido.

(HC 201.171/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 08/06/2011)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CONDENAÇÃO POR CRIME DE ESTELIONATO TRANSITADA EM JULGADO. POSTERIOR IMPETRAÇÃO DE WRIT



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PERANTE A CORTE A QUO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA, NÃO APRECIADA PELO ÓRGÃO JURISDICIONAL IMPETRADO, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A VIA REVISIONAL SERIA O MEIO PRÓPRIO PARA SANÁ-LA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, TÃO SOMENTE PARA QUE O TRIBUNAL IMPETRADO SE MANIFESTE ACERCA DA MATÉRIA LÁ VENTILADA.

1. A alegação de nulidade da dosimetria da pena, decorrente da ausência de fundamentação na fixação da pena-base, não foi analisada pela Corte a quo, sob a alegação de que o habeas corpus não é sucedâneo de revisão criminal. Assim, não há como ser conhecida a presente impetração, diante da flagrante incompetência desta Corte Superior (art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição da República) para apreciar originariamente a matéria.

2. Contudo, não há óbice ao manejo do habeas corpus quando a análise da legalidade do ato coator prescindir do exame aprofundado de provas, como no caso. Outrossim, "a existência de recurso próprio para a análise do pedido não obsta a apreciação das questões na via do habeas corpus, tendo em vista sua celeridade e a possibilidade de reconhecimento de flagrante ilegalidade no ato recorrido, sempre que se achar em jogo a liberdade do réu." (STJ - RHC 21188/PA, 5.^a Turma, Rel. Min. JANE SILVA - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, DJ de 22/10/2007).

3. Cumpre a este Tribunal, entretanto, determinar somente a análise do mérito da impetração originária pelo Órgão Jurisdicional Impetrado, sob pena de supressão de instância.

4. Recurso não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para determinar ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aprecie o mérito do habeas corpus originário, como entender de direito.

(RHC 29.180/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. MATÉRIA A SER ANALISADA EM REVISÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVAS EM SEDE DE WRIT. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de sua inspiração originária tenha sido muito alargado pelos Tribunais, há certos limites a serem respeitados, em homenagem à própria Constituição, devendo a impetração ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal preexistente e coexistente para que não se perca a razão lógica e sistemática dos recursos ordinários, e mesmo dos excepcionais, por uma irrefletida banalização e vulgarização do habeas-corpus.

II. Na hipótese, a condenação transitou em julgado e o impetrante não pugnou a absolvição do réu em sede de recurso especial, preferindo a utilização do writ em substituição aos recursos ordinariamente previstos no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ordenamento jurídico.

III. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que a via estreita do *mandamus* não permite a desconstituição de sentença condenatória já transitada em julgado, mormente quando a análise do tema demanda o revolvimento de matéria fática, pois para tal objetivo existe a revisão criminal (Precedentes).

IV. Habeas corpus não conhecido, por consistir utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

(HC 183.659/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 04/04/2011)

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE PENA. PROGRESSÃO DE REGIME. NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO NA ORIGEM. AMEAÇA OU LESÃO AO DIREITO DE LIBERDADE DO PACIENTE. DESNECESSIDADE DO EXAME DE ELEMENTOS FÁTICOS-PROBATÓRIOS. CABIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Cristalizou-se na jurisprudência desta Corte que, apesar de existir recurso próprio, a ação de habeas corpus pode substituir a revisão criminal desde que, para a apreciação da pretensão, não seja necessário o revolvimento de provas e, versando apenas sobre matéria de direito, a ilegalidade for manifesta.

2. Ordem concedida para, cassando o v. acórdão, determinar sejam os autos retornados ao eg. Tribunal de origem e que lá seja analisado o mérito do habeas corpus.

(HC 189.391/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

No caso, observa-se que, após o julgamento da apelação, dos embargos declaratórios e da interposição de recurso extraordinário, a Defesa formulou este *mandamus*, concomitantemente à tramitação daquele recurso, deixando de apresentar o também, em tese, cabível recurso especial.

Reforce-se a necessidade e urgência de se cumprir as regras do sistema recursal vigente. O *habeas corpus* não foi criado para a finalidade aqui empregada, de funcionar como um sucedâneo recursal inominado.

A prevalecer tal postura, o recurso especial tornar-se-á totalmente inócuo. Certamente não foi essa a intenção do legislador constituinte ao prever o *habeas corpus* no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e, em seu art. 105, III, definir as hipóteses de cabimento do recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça.

A Suprema Corte, sensível a essa problemática, tem pronunciado também a inadequação de impetrações manejadas em substituição ao recurso próprio. Em julgamento realizado em 7 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a Primeira Turma assentou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Consigno a óptica sobre a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional.

A Carta Federal encerra como garantia maior essa ação nobre voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão - o *habeas corpus*. Vale dizer, sofrendo alguém ou se achando ameaçado de sofrer violência ou coação à liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, cabe manusear o instrumental, fazendo-o no tocante à competência originária de órgão julgador.

Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada - praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição -, passou-se a admitir o denominado *habeas* substitutivo do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto Superior Tribunal de Justiça estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* - este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial.

O Direito é orgânico e dinâmico e contém princípios, expressões e vocábulos com sentido próprio. A definição do alcance da Carta da República há de fazer de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é a sistemática. O *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo sequer previsão legal, enfraquece este último documento, tornando-o desnecessário no que, nos artigos 102, inciso II, alínea "a", e 105, inciso II, alínea "a", tem-se a previsão do recurso ordinário constitucional a ser manuseado, em tempo, para o Supremo, contra decisão proferida por tribunal superior indeferindo ordem, e para o Superior Tribunal de Justiça, contra ato de tribunal regional federal e de tribunal de justiça. O Direito é avesso a sobreposições e impetrar-se novo *habeas*, embora para julgamento por tribunal diverso, impugnando pronunciamento em idêntica medida implica inviabilizar, em detrimento de outras situações em que requerida, a jurisdição.

Cumpra implementar - visando restabelecer a eficácia dessa ação maior, a valia da Carta Federal no que prevê não o *habeas* substitutivo, mas o recurso ordinário - a correção de rumos. Consigno 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.

Saliento, por último, que, há dois anos, cheguei a propor a edição de verbete de súmula que, no entanto, esbarrou na ausência de precedentes. Deve-se afastar o misoneísmo, a aversão a novas ideias, pouco importante a justificativa plausível destas - no caso, constitucional -, salvando-se, e esta é a expressão própria, o *habeas corpus* em sua envergadura maior, no que solapado por visão contrária ao princípio do terceiro excluído: uma coisa é ou não é. Entre duas possibilidades contempladas na Lei Fundamental, de modo exaustivo, não simplesmente exemplificativo, não há lugar para uma terceira - na espécie, o inexistente, normativamente, *habeas corpus* substitutivo do recurso ordinário, que, ante a prática admitida até aqui, caiu em desuso, tornando quase letra morta os preceitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

constitucionais que o versam.

É cômodo não interpor o recurso ordinário quando se pode, a qualquer momento e considerado o estágio do processo-crime, buscar-se infirmar decisão há muito proferida, mediante o denominado *habeas corpus* substitutivo, alcançando-se, com isso, a passagem do tempo, a desaguar, por vezes, na prescrição. A situação não deve continuar, no que já mitigou a importância do *habeas corpus* e emperrou a máquina judiciária, sendo prejudicados os cidadãos em geral, a cidadania. Rara é a sessão da Turma em que não se examina impetração voltada contra a demora na apreciação de idêntica medida pelo Superior Tribunal de Justiça.

O mesmo órgão julgador, em 21 de agosto de 2012, nos autos do HC nº 104.045, Relatora a Ministra Rosa Weber, julgou extinta a ordem de *habeas corpus*. Vale trazer a contexto excerto do voto da Relatora:

Assim, é o *habeas corpus* uma garantia da liberdade de locomoção - ir, vir e permanecer -, contra violência ou coação, pressupondo, portanto, uma prisão, uma ameaça de prisão ou pelo menos alguma espécie de constrangimento físico ou moral à liberdade física.

Nos últimos anos, todavia, tem se verificado um desvirtuamento da garantia constitucional. Ilustrativamente, notícia divulgada no site do Superior Tribunal de Justiça em 29.5.2011 ("*Número de habeas corpus dobra em três anos e preocupa Ministros*") revela atingida naquela data a marca de duzentos mil *habeas corpus* impetrados perante aquela Corte. E, segundo os dados estatísticos disponibilizados, naquele ano nela foram distribuídos 36.125 *habeas corpus*, número quase equivalente ao total de processos distribuídos perante este Supremo Tribunal Federal no mesmo ano (38.109).

Tais números só foram possíveis em virtude da prodigalização e da vulgarização do *habeas corpus*.

Embora restrito seu cabimento, segundo a Constituição, a casos de prisão ou ameaça de prisão, passou-se a admiti-lo como substitutivo de recursos no processo penal, por vezes até mesmo sem qualquer prisão vigente ou sem ameaça senão remota de prisão.

A pauta, aliás, desta Primeira Turma, com mais de uma centena de *habeas corpus* sobre os mais variados temas, poucos relacionados à impugnação da prisão ou efetiva ameaça de, é ilustrativa do desvirtuamento do *habeas corpus*.

O desvirtuamento do *habeas corpus* também tornou sem sentido o princípio da exaustividade dos recursos no processo legal. De nada adiante a lei prever um número limitado de recursos contra decisões finais ou contra decisões interlocutórias se se entender sempre manejável o *habeas corpus*. A par de notório que a possibilidade de recorrer contra toda e qualquer decisão interlocutória é fatal para a duração razoável do processo também assegurada constitucionalmente, há verdadeira avalanche de *habeas corpus* a submeterem a mesma questão, sucessiva e até concomitantemente, a diferentes tribunais.

O desvirtuamento do *habeas corpus* tem efeito ainda mais grave nos Tribunais Superiores, diante das funções precípuas quer do Superior Tribunal de Justiça - a última palavra na interpretação da lei federal - quer desta Suprema Corte - a guarda da Constituição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A preservação da racionalidade do sistema processual e recursal, bem como a necessidade de atacar a sobrecarga dos Tribunais recursais e superiores, desta forma reduzindo a morosidade processual e assegurando uma melhor prestação jurisdicional e a razoável duração do processo, aconselham seja retomada a função constitucional do *habeas corpus*, sem o seu emprego como substitutivo de recurso no processo penal.

(...)

Admitir o *habeas corpus* como substitutivo do recurso, diante de expressa previsão constitucional, representa burla indireta ao instituto próprio, cujo manejo está à disposição do sucumbente, observados os requisitos pertinentes.

Em síntese, 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.

Ainda com o mesmo norte, podem ser citadas as decisões monocráticas proferidas pelo Ministro Luiz Fux, nos autos do HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), e pelo Ministro Dias Toffoli, no HC 114.924/RJ (DJe de 28/08/2012).

Considerando o âmbito restrito do *mandamus*, cumpre analisar apenas se existe manifesta ilegalidade que implique em coação à liberdade de locomoção da paciente, o que não se verifica na espécie.

Com efeito, a questão da presunção no delito em análise, se é relativa ou absoluta, não foi decidida no acórdão atacado, que limitou-se a dizer existirem provas suficientes para a condenação, em face do que demonstrado na instrução criminal.

Confirmam-se os fundamentos do Tribunal de origem (fl. 47):

Edson foi até a casa do réu e viu a vítima sair de forma suspeita do quarto, demonstrando estar assustada e apresentando o pescoço avermelhado, acabando por contar à mãe os atos praticados pelo réu. Esclareceu que no período que a vítima trabalhava com o réu ele lhe ofereceu um carro para que usasse gratuitamente e deu uma novilha, sem nada cobrar (fls. 147/156).

Maria, mãe da vítima, confirmou a narrativa da vítima, acrescentando ter ouvido comentários que o réu abusava das empregadas. No dia dos fatos, compareceu até o local dos fatos e foi recebida pelo réu descabelado e tremendo, tentando impedir sua entrada; em seguida Flávia apareceu com o rosto vermelho, descabelada, arrumando o sutiã, aparentando nervosismo; ao chegar em casa mandou que tirasse a roupa e constatou que o réu havia chupado seus seios; Flávia acabou contando que o réu chupava os seios e ejaculava, mandando que ela o masturbasse (fls 157/166) .

As testemunhas defensivas nada presenciaram ou souberam esclarecer sobre os fatos (fls. 191, 203/208, 210/212, 215/218 e 220/223).

Descabido, assim, falar-se em insuficiência de provas, todas atestando a culpabilidade do apelante.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, não há como emitir pronunciamento, acerca deste particular, sob pena de supressão de instância:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MOEDA FALSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TESE NÃO DEBATIDA NO ACÓRDÃO ORA ATACADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. RÉU DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR NOMEADO DURANTE TODA A FASE COGNITIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 523 DO STF. PRECEDENTES.

1. A tese relativa à aplicação do princípio da insignificância não foi suscitada na impetração originária e tampouco debatida pela Corte a quo, razão pela qual, indubitavelmente, o Superior Tribunal de Justiça não pode, na hipótese, examiná-la sob pena de incorrer em vedada supressão de instância.

2. Observa-se, na hipótese, que os pacientes foram assistidos por defensor dativo durante toda a fase de conhecimento, que, satisfatoriamente, ofereceu defesa prévia, participou das audiências de inquirição de testemunhas e, por fim, apresentou alegações finais.

3. Não há como reconhecer nulidade no processo-crime, em razão da deficiência de defesa na instrução criminal, porquanto não restou configurado, na espécie, de forma concreta e efetiva, prejuízos aos pacientes em decorrência da participação do defensor primitivo no processo. Incidência da Súmula n.º 523 do STF.

4. Vigorando o princípio da voluntariedade, na fase recursal, inexistente, assim, ofensa ao direito de defesa, em razão da não interposição do recurso cabível.

5. Precedentes do STJ.

6. Ordem denegada.

(HC 48440/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2006, DJ 11/09/2006, p. 319)

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI 9.983/2000. INCLUSÃO DO ART. 168-A NO CP. DOLO ESPECÍFICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUESTÕES NÃO DEBATIDAS NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELO STJ.

1. Há patente distanciamento entre o que restou decidido nas instâncias ordinárias e as questões ora suscitadas pelo Impetrante, que sequer foram argüidas perante o Tribunal a quo.

2. Inova o Impetrante ao suscitar matérias notoriamente não debatidas no aresto recorrido, razão pela qual não podem ser apreciadas nesta Corte Superior, sob pena de supressão de instância.

3. Hipótese que não enseja a eventual concessão da ordem de ofício, porque, de um lado, a tese da exigência de dolo específico para o delito em questão não encontra respaldo na jurisprudência das Cortes Superiores e, de outro, a verificação da pretendida aplicação do princípio da insignificância demandaria, inevitavelmente, reexame do conjunto fático-probatório, descabido na angusta via do writ.

4. Habeas corpus não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 31.396/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2004, DJ 27/09/2004, p. 374)

"HABEAS CORPUS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO RITO DA LEI 10.409/2002. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL IMPETRADO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Inviável a apreciação da questão relativa à nulidade, ante a não obediência ao rito da Lei 10.409/2002, pois por não ter sido objeto de exame pelo Tribunal de Origem, não pode ser analisada nesta Corte Superior, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. Writ não conhecido quanto a este ponto."

(HC 122.762/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 31/08/2009)

Em caso análogo, fixei:

"Embora a apelação devolva ao Tribunal estadual toda a matéria objeto de controvérsia, a Defesa não pode formular habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça arguindo, somente aqui, qualquer tese, sem antes levar o tema a debate das instâncias inferiores. Tal interpretação afronta o princípio do duplo grau de jurisdição."

(HC 108886/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010)

No mais, não há falar em *abolitio criminis*, pois o atual art. 217-A, com o nome de "Estupro de vulnerável", condensou as duas condutas que antes eram previstas em tipos diferentes, ou seja, o art. 213 e o art. 214 do Código Penal.

Eis a sua redação:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal **ou praticar outro ato libidinoso** com menor de 14 (catorze) anos:

Portanto não foi a conduta típica extirpada do ordenamento legal (abolida), mas, tão-somente, definida em outro tipo penal.

Nesse sentido, os precedentes desta Corte:

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. LEI Nº 12.015/09. REVOGAÇÃO DO ART. 214 DO CÓDIGO PENAL. ABOLITIO CRIMINIS. NÃO CABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. É improcedente a alegação de que o fato praticado pelo paciente (atentado violento ao pudor contra vítima menor de quatorze anos) não mais constitui crime, pois, conquanto a Lei nº 12.015/09 tenha expressamente revogado o art. 214 do Código Penal, a mencionada lei não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aboliu o crime correspondente à conduta praticada pelo paciente, que tão somente passou a assumir capitulação diversa, a saber, estupro contra vulnerável, previsto no art. 217-A do Código Penal.

2. Diante da subsunção da conduta do paciente ao crime de estupro contra vulnerável, não há falar em ocorrência de *abolitio criminis* ou, ainda, em desclassificação para o delito de violação sexual mediante fraude.

3. Habeas corpus denegado.

(HC 177.419/SP, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 23/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DELITO PERPETRADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 12.015/2009. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. EMENDATIO LIBELLI.

1. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

2. Ao contrário do que alega o Agravante, não ocorreu a *abolitio criminis* do art. 224 do Código Penal, que tratava da violência presumida. Na verdade, nos termos do art. 7.º da Lei n.º 12.015/2009, o mencionado artigo foi revogado, porque o estupro e o atentado violento ao pudor, praticados mediante violência presumida, configuram, hodiernamente, o crime do art. 217-A do Código Penal, o denominado estupro de vulnerável.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no Ag 706.012/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 23/11/2009)

Nesse mesmo sentido, disse o Ministro Og Fernandes, no julgamento de declaratórios opostos contra acórdão proferido no RHC nº 27.152/GO, na assentada de 7 de fevereiro de 2012, da Sexta Turma, sob a minha presidência, julgamento esse unânime:

De todo modo, é certo que a prática, sem consentimento, de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, antes tipificada no art. 214 do Código Penal, hoje encontra abrigo no art. 213 do referido diploma. Aplica-se ao caso o princípio da continuidade normativa, descabendo falar em ***abolitio criminis***.

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0197940-6

HC 150.121 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 4042000 9302863

EM MESA

JULGADO: 05/02/2013
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FÁBIO TOFIC SIMANTOB E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : V A B
ADVOGADO : FABIO TOFIC SIMANTOB
ADVOGADA : CAROLINA DE QUEIROZ FRANCO OLIVEIRA

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). FABIO TOFIC SIMANTOB, pela parte PACIENTE: V A B

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do habeas corpus, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.