



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 256.914 - SP (2012/0216084-8)**

**RELATORA** : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**  
**IMPETRANTE** : MAURÍCIO HEITOR ROSSI DE CASTRO E SILVA  
**IMPETRANTE** : ANTONIO GERALDO DE CASTRO E SILVA  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : ADRIANO DE ALMEIDA RIBEIRO (PRESO)

### EMENTA

PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO SIMPLES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA, PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DECRETAÇÃO E MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, SEM DEMONSTRAÇÃO IDÔNEA DE FATO CONCRETO E COM BASE NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. MANIFESTA ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

I. Dispõe o art. 5.º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", não cabendo a sua utilização como substituto de recurso ordinário, tampouco de recurso especial, nem como sucedâneo da revisão criminal.

II. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar, recentemente, os HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012), considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

III. O Superior Tribunal de Justiça também tem reforçado a necessidade de se cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

IV. Nada impede, contudo, que, na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, seja concedido **habeas corpus**, de ofício, em caso de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão teratológica.

V. Na hipótese, constata-se o constrangimento ilegal, na medida em que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva e mantida, para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse, de maneira idônea, a necessidade da custódia, tendo sido ela decretada com base na gravidade abstrata do delito, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se admite. Precedentes.

VI. A prisão em flagrante foi mantida pelo acórdão impugnado, pelos mesmos fundamentos, em contrariedade ao parecer do Ministério Público, em 2.º Grau, que opinou pela concessão da ordem, destacando "que se trata de roubo praticado sem emprego de arma e da subtração de bem de menor valor e que foi recuperado pela vítima, bem como que da maneira de execução e das circunstâncias concretas da infração não se pode inferir, a meu ver, indícios de profissionalismo delinquencial ou traços de maior grau de periculosidade social. (...) ao que consta, o paciente já veio a ser citado, aguardando-se nos autos a realização de audiência, uma designada para o próximo dia 11 de setembro (fls. 58), o que também afasta o risco à regular instrução do processo que se possa associar à sua libertação. Não demonstrada na decisão atacada e não revelada nos autos a presença no caso vertente de qualquer fundamento legal que autorize a decretação da prisão preventiva, a concessão da liberdade provisória vinculada à apresentação em Juízo constitui medida passível de concessão, nos termos do que prescreve o art. 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal".

VII. **Habeas corpus** não conhecido.

VIII. Concessão da ordem, de ofício, para revogar a prisão preventiva, deferindo ao paciente o benefício da liberdade provisória, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de Primeiro Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia, se o caso, fundamentada em fatos concretos e em base empírica idônea.

### 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, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília (DF), 12 de março de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES  
Relatora



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.914 - SP (2012/0216084-8)

### RELATÓRIO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES:** Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, com pedido de liminar, impetrado em favor de ADRIANO DE ALMEIDA RIBEIRO, em face da 2.<sup>a</sup> Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que denegou a ordem impetrada, em favor do paciente.

Depreende-se dos autos que o paciente foi preso em flagrante, em 31/05/2012, segregação convertida em prisão preventiva, pela suposta prática do crime previsto no art. 157, **caput**, do Código Penal, eis que, simulando portar revólver sob a blusa, subtraiu, para si, aparelho celular, pertencente à vítima.

Sustentam os impetrantes, em síntese, a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, que foi decretada com base na gravidade abstrata do delito e sem fundamento em fatos concretos; que a necessidade de reconhecimento do paciente, em Juízo, pela vítima, não justifica a prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal; que não há elementos concretos para se cogitar de fuga do paciente, mesmo porque não resistiu ele à prisão em flagrante; que o Ministério Público, em 2.<sup>o</sup> Grau, opinou pela concessão da ordem; que o paciente é primário, tem bons antecedentes, residência fixa e exerce atividade lícita, de vez que é mecânico de veículo automotor.

Requerem o deferimento de liminar, para determinar a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente, mediante a aplicação de medida cautelar diversa da prisão, e, no mérito, a revogação da custódia preventiva, confirmando-se a liminar.

O pedido de liminar foi por mim deferido, "para relaxar a prisão do paciente, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, até o julgamento do presente **writ**, sem prejuízo de adoção, pelo Juízo de 1º Grau, de medidas cautelares, previstas no art. 319 do CPP, e de decretação de nova custódia, em sendo o caso, fundamentada em fatos concretos e em base empírica idônea" (fl. 113e).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

da República, RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, opinou pelo não conhecimento do **habeas corpus**, e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 118/121e).

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 256.914 - SP (2012/0216084-8)

### VOTO

**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora):** Consoante relatado, verifica-se que o presente pedido de **habeas corpus** foi impetrado em substituição a recurso ordinário, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, em sede de **habeas corpus**, quando denegatória a ordem, nos termos do art. 105, II, **a**, da Constituição Federal.

Dispõe o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal que será concedido **habeas corpus** "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder", prevendo o art. 105, II, **a**, da CF/88 o cabimento de recurso ordinário, para o STJ, em caso de denegação de **habeas corpus** decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Dentre as hipóteses de cabimento de **habeas corpus** não se insere o uso do remédio constitucional para substituir o recurso ordinário, tampouco o recurso especial ou a revisão criminal.

Esse entendimento foi manifestado recentemente, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 07/08/2012, do HC 109.956/PR (Rel. Min. MARCO AURÉLIO, maioria, DJe de 11/09/2012), no qual se considerou inadequado o **writ**, para substituir recurso ordinário constitucional, em **Habeas corpus** julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme noticiado no Informativo 674:

"É inadmissível impetração de habeas corpus quando cabível recurso ordinário constitucional. Com base nessa orientação e na linha do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio no caso acima, a 1ª Turma, por maioria, reputou inadequada a via do habeas corpus como substitutivo de recurso. Vencido o Min. Dias Toffoli, que se alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do **writ**".

O acórdão do referido julgado restou assim ementado:

"HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR –



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de habeas corpus, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do **habeas corpus**.

PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las" (STF, HC 109.956/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, DJe de 11/09/2012).

No mesmo sentido, a 1ª Turma da Suprema Corte, em 21/08/2012, em caso semelhante, no **Habeas corpus** 104.045/RJ (Rel. Min. ROSA WEBER, unânime), considerou inadequada a via eleita, como substitutiva de recurso ordinário, contra denegação de **habeas corpus**, pelo STJ (DJe de 06/09/2012).

Por sua vez, o Ministro LUIZ FUX negou seguimento, por decisão monocrática, ao HC 114.550/AC (DJe de 24/08/2012), com a seguinte fundamentação:

"Outrossim, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar *habeas corpus* está definida, **taxativamente**, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, *verbis*:

**Art. 102.** *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I – processar e julgar, originariamente:*

...

*d) o **habeas corpus**, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;*

...

*i) o **habeas corpus**, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância.*

*In casu*, os pacientes não estão arrolados em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição originária desta Corte.

A ementa do acórdão proferido na Pet 1738-AgRg, Rel. o Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 1º/10/199, é elucidativa e precisa quanto à taxatividade da competência do Supremo Tribunal Federal:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

“E M E N T A: **PROTESTO JUDICIAL** FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL - MEDIDA **DESTITUÍDA** DE CARÁTER PENAL (**CPC**, ART. 867) - **AUSÊNCIA** DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO **IMPROVIDO**.

**A PRERROGATIVA DE FORO - UNICAMENTE** INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL - **NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL**.

- **As medidas cautelares** a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), **quando** promovidas contra membros do Congresso Nacional, **não se incluem** na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, **precisamente** porque **destituídas** de caráter penal.

**Precedentes.**

A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO.

- A **competência originária** do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração **essencialmente** constitucional - e ante o **regime de direito**

**estrito** a que se acha submetida - **não comporta** a possibilidade de ser estendida a situações que **extravasem** os limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.

**Precedentes.**

O **regime de direito estrito**, a que se submete a **definição** dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da **taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar**, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias**, o processo e o julgamento de **causas** de natureza civil que **não** se acham inscritas no texto constitucional (**ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares**), **mesmo** que instauradas contra o Presidente da República ou contra **qualquer** das autoridades, que, **em matéria penal** (**CF**, art. 102, I, **b** e **c**), dispõem de prerrogativa de foro perante a Corte Suprema **ou** que, **em sede de mandado de segurança**, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (**CF**, art. 102, I, **d**).

**Precedentes.”**

**Destarte, afigura-se flagrantemente paradoxal, em tema de**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direito estrito, conferir interpretação extensiva para abranger no rol de competências do Supremo Tribunal hipóteses não sujeitas à sua jurisdição.

A prevalência do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal deve conhecer de *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário constitucional contrasta com os meios de contenção de feitos, remota e recentemente implementados: Súmula Vinculante e Repercussão Geral, com o objetivo viabilizar o exercício pleno, pelo Supremo Tribunal Federal, da nobre função de guardião da Constituição da República.

E nem se argumente com o que se convencionou chamar de *jurisprudência defensiva*. Não é disso que se trata, mas de necessária, imperiosa e urgente reviravolta de entendimento em prol da organicidade do direito, especificamente no que tange às competências originária e recursal do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar *habeas corpus* e o respectivo recurso ordinário, valendo acrescentar que essa ação nobre não pode e nem deve ser banalizada a pretexto, em muitos casos, de pseudo nulidades processuais com reflexos no direito de ir e vir.

A propósito da organicidade e dinâmica do direito, impondo-se a *correção de rumos*, bem discorreu o Ministro Marco Aurélio no voto proferido no HC n. 109.956, que capitaneou a mudança de entendimento na Segunda Turma, *verbis*:

“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-se de forma integrativa, mas também considerada a regra de hermenêutica e aplicação do Direito que é sistemática. O *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, além de não estar abrangido pela garantia constante do inciso LXVIII do artigo 5º do Diploma Maior, não existindo qualquer 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 de 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



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.”

*Ex positis*, não vislumbrando no ato impugnado teratologia que justifique a concessão, *ex officio*, da ordem, nego seguimento ao *writ*, por manifesta e inarredável incompetência do Supremo Tribunal Federal, com fundamento no art. 38 da Lei n. 8.038/90”.

Na mesma linha, também se manifestou o Ministro DIAS TOFFOLI, ao negar seguimento ao HC 114.924/RJ, consoante decisão publicada no DJe de 28/08/2012, *in verbis*:

“Há óbice jurídico-processual para o conhecimento do habeas corpus.

No caso, a impetração foi manejada em substituição ao recurso ordinário constitucional, prescrito no art. 102, inciso II, alínea “a” da Carta da República, o que esbarra na decisão da Primeira Turma que, em sessão extraordinária datada de 7/8/12, assentou, quando do julgamento do HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, a inadmissibilidade do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário.

Segundo aquele dispositivo constitucional, compete a este Supremo Tribunal julgar, em recurso ordinário, “o ‘habeas-corpus’, o mandado de segurança, o ‘habeas-data’ e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão”.

Conforme expressamente consignado pelo eminente relator naquela assentada, “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

Superior Tribunal de *Justiça contra ato de Tribunal Regional Federal e de Tribunal de Justiça*” (HC nº 108.715/RJ).

**Nada impede, entretanto, que esta Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea “a” da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que não é o caso dos autos.**

Ressalvo, ademais, meu entendimento pessoal, já consignado em sentido contrário naquele julgamento, pelo cabimento do **habeas corpus** substitutivo nesses casos. Contudo, adoto o entendimento do colegiado e o aplico à espécie.

Ante o exposto, **entendendo não demonstrada, satisfatoriamente, nenhuma ilegalidade flagrante apta a ensejar uma concessão de ofício, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.038/90 e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, nego seguimento ao presente habeas corpus”.**

O Superior Tribunal de Justiça tem reforçado a necessidade de cumprir as regras do sistema recursal vigente, sob pena de torná-lo inócuo e desnecessário (art. 105, II, **a**, e III, da CF/88), considerando o âmbito restrito do **habeas corpus**, previsto constitucionalmente, no que diz respeito ao STJ, sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, nas hipóteses do art. 105, I, **c**, e II, **a**, da Carta Magna.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006. PACIENTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONCLUSÃO CONTRÁRIA INVIÁVEL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO NÃO APLICÁVEL À HIPÓTESE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, NULIDADE ABSOLUTA OU TERATOLOGIA A SER SANADA. ORDEM DENEGADA.

**I. Conquanto o uso do habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis - ou incidentalmente como salvaguarda de possíveis liberdades em perigo - crescentemente fora de**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**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. Precedentes do Supremo Tribunal Federal (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 28.524/DF (decisão de 22/12/2009, DJE n.º 19, divulgado em 01/02/2010, Rel. Ministro Gilmar Mendes e HC n.º 104.767/BA, DJ 17/08/2011, Rel. Min. Luiz Fux), nos quais se firmou o entendimento da "inadequação da via do habeas corpus para revolvimento de matéria de fato já decidida por sentença e acórdão de mérito e para servir como sucedâneo recursal".

III. No caso dos autos, a condenação transitou em julgado e a impetrante não se insurgiu quanto à eventual ofensa aos dispositivos da legislação federal, em sede de recurso especial, buscando o revolvimento dos fundamentos exarados nas instâncias ordinárias quanto à dosimetria da pena imposta ao réu, preferindo a utilização do writ, em substituição aos recursos ordinariamente previstos no ordenamento jurídico.

IV. Hipótese na qual o Colegiado Estadual concluiu que o paciente se dedicava a atividade criminosa, o que, por si só, obsta a aplicação da causa de diminuição de pena, consoante se extrai do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, sendo certo que conclusão em sentido contrário, como requer o impetrante, demanda, em princípio, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via do habeas corpus.

V. O exame da dosimetria da pena, em sede de mandamus, somente é possível caso evidenciado eventual desacerto na consideração de circunstância judicial ou errônea aplicação do método trifásico, se daí resultar flagrante ilegalidade, causando prejuízo ao réu, o que não se verifica no caso.

VI. O pleito de substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos não é cabível, uma vez que, tendo a pena imposta ao paciente sido superior a 04 anos de reclusão, não resta preenchido o requisito objetivo necessário para a concessão da benesse pleiteada.

VII. A Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, nas hipóteses em que for possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve ser igualmente afastada a obrigatoriedade de fixação do regime



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fechado para o cumprimento da pena, a fim de que a referida substituição alcance sua finalidade, com plenitude e sem restrições.

VIII. Evidenciado que a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 não foi aplicada ao paciente, tendo em vista que o mesmo se dedicava a atividade criminosa, o que, somado ao montante de pena fixado, impediu, também, a substituição da reprimenda, não há que se falar em fixação de regime prisional diverso do mais gravoso, obedecendo-se o disposto na Lei n.º 11.464/2007.

**IX. Inexistência, na hipótese, de flagrante ilegalidade a ensejar a concessão da ordem, restando, assim, caracterizado o uso inadequado do instrumento constitucional.**

X. Ordem denegada" (STJ, HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012).

"HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA. **WRIT** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA DA PENA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. SÚMULA Nº 444 DESTA CORTE. REGIME PRISIONAL. PEDIDO PREJUDICADO. CONCESSÃO PARCIAL.

1. **É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível, vale dizer, o especial.**

2. **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.**

3. **In casu**, há manifesta ilegalidade no tocante à dosimetria da sanção, eis que a pena-base foi acrescida, em razão dos maus antecedentes, sem que houvesse condenação definitiva contra a paciente. Incidência da Súmula nº 444 desta Corte.

4. O pedido de alteração do regime prisional encontra-se prejudicado, pois a paciente já cumpre pena no regime aberto.

5. Writ parcialmente prejudicado e, no mais, concedido para reduzir a reprimenda imposta" (STJ, HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012).

O presente **Habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, não merece, pois, ser conhecido.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na hipótese de **habeas corpus** substitutivo de recursos especial e ordinário ou de revisão criminal – que não merece conhecimento –, cumpre analisar, contudo, em cada caso, se existe manifesta ilegalidade, abuso de poder ou teratologia na decisão impugnada, que implique ameaça ou coação à liberdade de locomoção do paciente, a ensejar a concessão da ordem, de ofício.

**In casu**, há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de ofício, de ordem de **habeas corpus**.

Como relatado, busca o impetrante a revogação da custódia preventiva.

Foi o paciente preso em flagrante em 31/05/2012, segregação convertida em prisão preventiva, pela suposta prática do delito previsto no art. 157, **caput**, do Código Penal (roubo simples), de vez que, simulando portanto revólver sob a blusa, subtraiu, para si, aparelho celular, pertencente à vítima. Nestes termos, foi denunciado, por roubo simples (fl. 2e).

Compulsando os autos, verifica-se que a prisão em flagrante do paciente foi convertida em preventiva, para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal, mediante os seguintes fundamentos, **in verbis**:

"Flagrante formalmente em ordem.

Pela documentação acostada aos autos, vê-se que o indiciado foi seguramente reconhecido pela vítima destes autos.

**O delito a ele imputado é gravíssimo e traz como elementar o emprego de violência e grave ameaça à pessoa, o que revela a periculosidade e personalidade deformada do agente, voltada à prática delitiva, colocando em xeque a paz social e a segurança do cidadão de bem, e comprometendo, via de consequência, a ordem pública.**

Por outro lado, **a gravidade da infração é forte indício de evasão**, porquanto, caso haja condenação, a pena a ser imposta certamente será severa.

**Necessária, portanto, a prisão cautelar a fim de assegurar a aplicação da lei penal.**

Por fim, **há a necessidade de ratificação do reconhecimento do indiciado em Juízo pela vítima.**

**Importante, assim, a prisão preventiva do autuado por conveniência da instrução criminal.**

Presentes, portanto, os requisitos legais, converto a prisão em flagrante do autuado em prisão preventiva" (fls. 26/27e) .

O acórdão impugnado manteve a segregação cautelar do paciente,





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

registrando, **in verbis**:

"O Paciente foi preso em flagrante no dia 31 de maio de 2012 e está sendo processado pela prática de roubo simples.

A autoridade dita coatora converteu o flagrante em prisão preventiva nos seguintes termos: 'Pela documentação acostada aos autos, vê-se que o indiciado foi seguramente reconhecido pela vítima destes autos. **O delito a ele imputado é gravíssimo e traz como elementar o emprego de violência e grave ameaça à pessoa, o que revela a periculosidade e personalidade deformada do agente, voltada à prática delitiva, colocando em xeque a paz social e a segurança do cidadão de bem, e comprometendo, via de consequência, a ordem pública. Por outro lado, a gravidade da infração é forte indício de evasão, porquanto, caso haja condenação, a pena a ser imposta certamente será severa. Necessária, portanto, a prisão cautelar a fim de assegurar a aplicação da lei penal. Por fim, há a necessidade de ratificação do reconhecimento do indiciado em Juízo pela vítima. Importante, assim, a prisão preventiva do autuado por conveniência da instrução criminal**' (fls. 38/39).

(...)

No mais, **além dos indícios de autoria e materialidade** - a vítima alegou que o Paciente a abordou e 'com uma das mãos sob a blusa que trajava e disse estar armado, exigindo o celular' (fl. 23), ela narrou o ocorrido aos policiais que conseguiram detê-lo na posse do bem subtraído, que foi devolvido -, **o delito imputado possui pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, autorizando o decreto de prisão preventiva**" (fls. 68/69e).

Como se vê, a segregação do paciente foi mantida, convertida a custódia em flagrante em preventiva, sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse, de maneira idônea, a necessidade da custódia, tendo sido ela decretada com base na gravidade abstrata do delito, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se admite.

Com efeito, o paciente foi denunciado por roubo simples (fl. 33e).

A apontada gravidade abstrata do delito não constitui indício de evasão, a justificar a prisão cautelar, para garantia da aplicação da lei penal, como sustentou a decisão de fls. 26/27e, que decretou a custódia preventiva, mantida pelo acórdão ora impugnado.

A alegada necessidade de ratificação do reconhecimento do paciente,



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela vítima, em Juízo, também não justifica a decretação da prisão preventiva, por conveniência da instrução criminal. Aliás, nas informações o Juízo de 1.º Grau esclarece que a instrução criminal não se encerrou apenas porque pende de inquirição de uma testemunha da defesa, por carta precatória (fls. 124/125e).

Como destacou o Ministério Público, em 2.º Grau, opinando pela concessão da ordem, "Há que se ponderar, porém, que se trata de roubo praticado sem emprego de arma e da subtração de bem de menor valor e que foi recuperado pela vítima, bem como que **da maneira de execução e das circunstâncias concretas da infração não se pode inferir, a meu ver, indícios de profissionalismo delinquencial ou traços de maior grau de periculosidade social.** (...) ao que consta, o paciente já veio a ser citado, aguardando-se nos autos a realização de audiência, uma designada para o próximo dia 11 de setembro (fls. 58), o que também afasta o risco à regular instrução do processo que se possa associar à sua libertação. Não demonstrada na decisão atacada e não revelada nos autos a presença no caso vertente de qualquer fundamento legal que autorize a decretação da prisão preventiva, a concessão da liberdade provisória vinculada à apresentação em Juízo constitui medida passível de concessão, nos termos do que prescreve o art. 318, parágrafo único, do Código de Processo Penal" (fls. 62/64e).

Por derradeiro, o precedente citado no parecer da PGR, para opinar pela denegação da ordem, cuida de hipótese diversa, de roubo circunstanciado, em que o **modus operandi** denota maior periculosidade do agente (fl. 121e), o que não se identifica com a hipótese dos autos.

Ressalto que a mera reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada de fatos concretos, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do Código de Processo Penal. Isso porque a decretação da medida restritiva de liberdade impõe sempre a demonstração da efetiva necessidade, no caso concreto.

Nesse sentido:

**"HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. REFERÊNCIAS GENÉRICAS À GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA. PERSISTÊNCIA DO**





## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Por força do princípio constitucional da presunção de inocência, as prisões de natureza cautelar – assim entendidas as que antecedem o trânsito em julgado da decisão condenatória – são medidas de índole excepcional, que somente podem ser decretadas (ou mantidas) caso venham acompanhadas de efetiva fundamentação.

**2. Hipótese em que a decisão que decretou a custódia do réu se limita a aludir à gravidade abstrata do delito e fazer referências genéricas à garantia da ordem pública, elementos que, desacompanhados de apontamentos concretos, não se prestam à manutenção da medida extrema.**

3. A superveniência de decisão condenatória recorrível não prejudica a análise do pedido, pois não houve o apontamento de nova justificativa, apta a embasar a segregação. Além disso, foi reconhecida a primariedade, bons antecedentes e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

4. Ordem concedida, com o intuito de assegurar possa a paciente aguardar em liberdade o julgamento da apelação" (STJ, HC 119.680/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 09/10/2009).

**"HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO MAJORADO. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL. VEDAÇÃO AO APELO EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA PENA. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CREDIBILIDADE DA JUSTIÇA. INTRANQUILIDADE E INSEGURANÇA SOCIAL. NECESSIDADE DE COIBIR A PRÁTICA DE NOVOS CRIMES. RÉU PRIMÁRIO. ARGUMENTOS QUE NÃO SE PRESTAM A RESPALDAR A CUSTÓDIA. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA DO ÓBICE. ORDEM CONCEDIDA.**

**I. Hipótese na qual se infere a falta de efetiva fundamentação dos julgados que mantiveram o encarceramento cautelar do condenado, tendo em vista que o apelo em liberdade foi vedado em razão da gravidade abstrata do delito e pelo fato de o réu ter respondido preso ao processo.**

**II. A Terceira Seção desta Corte pacificou o entendimento no sentido de que é indispensável a presença de concreta fundamentação para o óbice ao direito de apelar em liberdade, com base nos pressupostos exigidos para a prisão preventiva, ainda que o réu tenha permanecido preso durante a instrução processual.**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação definitiva.

**IV. A alegada gravidade do crime, afastada de qualquer circunstância concreta que não a própria prática supostamente delitiva, traz aspectos já subsumidos no próprio tipo penal, não sendo bastante para justificar a prisão para garantia da ordem pública, assim como para a aplicação da lei penal.**

**V. A simples menção aos requisitos legais da custódia preventiva, assim como à necessidade de manter a credibilidade da justiça e de coibir a prática de delitos graves, o clamor público e a intranquilidade e insegurança que a soltura poderia causar à comunidade, sem embasamento concreto, não se prestam a embasar a segregação acautelatória.**

VI. Hipótese na qual inexistente qualquer indício de que soltura do paciente possa colocar em risco a aplicação da lei penal, máxime se considerada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, assim como o fato de não responder a outra ação penal.

VII. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como a sentença condenatória, no tocante à negativa do direito do réu de apelar em liberdade, determinando a expedição de alvará de soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

VIII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator" (STJ, HC 241.212/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 01/08/2012).

Entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei 12.403, de 04 de junho de 2011, instituiu medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, dando nova redação ao art. 319 do Código de Processo Penal. A partir dos critérios de necessidade e adequação, previstos nos arts. 282, I e II, do CPP, e da proporcionalidade da medida, permite-se ao julgador buscar a medida que seja mais adequada, em face da necessidade do caso concreto, identificando qual cautela de restrição da liberdade é suficiente para assegurar a utilidade e a eficácia do provimento jurisdicional, sem que se tenha de lançar mão da medida drástica do encarceramento.

Reexaminando essa matéria, verifico que a jurisprudência do Supremo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que as medidas cautelares, previstas nos arts. 319 e 320 do CPP, não são substitutivas à prisão preventiva, mas alternativas. Substitutivas seriam se, cabível a prisão preventiva, o julgador a substituísse por medidas menos gravosas, diferentemente das alternativas, que significam que, ou se admite a prisão preventiva ou se aceitam as medidas cautelares dos arts. 319 e 320 do CPP, acrescidas pela Lei 12.403/2011.

Nesse contexto, ausentes os requisitos da prisão cautelar, resta examinar acerca da possibilidade de se impor medida cautelar diversa do cárcere, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

O professor Gustavo Henrique Badaró esclarece que "as medidas cautelares previstas no art. 319, bem como a medida cautelar estabelecida no art. 320, são medidas cautelares alternativas à prisão preventiva ou prisão em flagrante delito. Não se trata de medidas cautelares substitutivas da prisão. A diferença é fundamental. No caso de medidas substitutivas, a prisão preventiva é concretamente cabível, mas o juiz pode deixar de aplicá-la, substituindo-a por medida menos gravosa, não privativa de liberdade" (Medidas Cautelares no Processo Penal, obra coordenada pelo Ministro Og Fernandes, Ed. RT, 2012, p. 210).

Para a decretação das medidas cautelares alternativas à prisão devem ser preenchidos os pressupostos próprios das cautelares, no processo penal, ou seja, o **fumus commissi delicti** (prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria) e o **periculum libertatis** (necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação criminal ou para a instrução criminal e, no caso das cautelares dos incisos I, VI e VIII do art. 319 do CPP, necessidade para se evitar a reiteração criminosa). Porém, diferentemente da prisão preventiva (art. 313 do CPP), elas não estão restritas a parâmetros definidos, exigindo-se, apenas, que as situações sejam menos graves e as medidas restritivas à liberdade de locomoção, em menor grau, sejam adequadas e proporcionais. A nova sistemática das medidas cautelares exige, aliás, que a primeira opção a ser adotada deve ser a das medidas cautelares alternativas à prisão, ficando a medida mais gravosa (prisão) limitada a situações excepcionais (art. 282, § 6º, do CPP).

Desse modo, **não conheço** do presente **Habeas corpus**. Concedo, porém, **habeas corpus**, de ofício, para, confirmando a liminar, revogar a prisão preventiva, deferindo, ao paciente, o benefício da liberdade provisória, mediante termo



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sem prejuízo da imposição, pelo Juízo de 1.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal, e de decretação de nova custódia, se o caso, fundamentada em fatos concretos e em base empírica idônea.

É o voto.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

### CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0216084-8

PROCESSO ELETRÔNICO

**HC 256.914 / SP**  
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 12073633201282630000 20120000485036 500194020128260050 5012005001940

EM MESA

JULGADO: 12/03/2013

#### **Relatora**

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOÃO FRANCISCO SOBRINHO

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

#### **AUTUAÇÃO**

IMPETRANTE : MAURÍCIO HEITOR ROSSI DE CASTRO E SILVA  
IMPETRANTE : ANTONIO GERALDO DE CASTRO E SILVA  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
PACIENTE : ADRIANO DE ALMEIDA RIBEIRO (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo

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

As Sras. Ministras Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.