



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.946 - SP (2009/0219360-8)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
IMPETRANTE : **MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **A S B**

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL EXPRESSA DO RECURSO ORDINÁRIO COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO AO REEXAME DAS DECISÕES DE TRIBUNAIS DENEGATÓRIAS DO *WRIT*. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VIA ELEITA. DEFERIMENTO DA ORDEM DE OFÍCIO. FIXAÇÃO. REGIME INICIAL SEMIABERTO.

1. A Constituição Federal define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional e, no que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário (*ex vi* do art. 105, inciso II, alínea "a", da CF).

2. Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

3. Verificada a hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se o seu não conhecimento, nada impedindo, contudo, que se corrija de ofício eventual ilegalidade flagrante como forma de coarctar o constrangimento ilegal, situação existente na espécie tão somente quanto ao regime inicial de cumprimento da pena.

4. A desclassificação do delito de atentado ao pudor para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-lei nº 9.760/1946) constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do *habeas corpus*.

5. Pena que não alcança 8 (oito) anos aplicada a paciente primário e cujas circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis. Deferimento do regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

7. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem deferida de ofício a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 27 de novembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.946 - SP (2009/0219360-8)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES(Relator): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de A. S. B. contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que deu parcial provimento ao apelo defensivo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida integralmente em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 214, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal.

O Tribunal de origem deu parcial provimento à apelação da defesa tão somente para afastar a vedação à progressão de regime, mediante acórdão assim sintetizado (e-fls. 17/22):

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVAS SUFICIENTES DE MATERIALIDADE E AUTORIA - PALAVRA DA VÍTIMA - PROVA TESTEMUNHAL - PROVA PERICIAL - CONDENAÇÃO MANTIDA. CRIME HEDIONDO - REGIME INTEGRALMENTE FECHADO - DIREITO À PROGRESSÃO - LEI Nº 11.464/07 - NOVATIO LEGIS IN MELLIUS - REGIME FECHADO - NECESSIDADE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Pretende o impetrante a desclassificação do delito de atentado violento ao pudor com violência presumida para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor (art. 61 do Decreto-lei nº 9.760/1946).

Requer, liminarmente, seja o paciente mantido em liberdade até o julgamento deste *writ*.

Indeferida a liminar (e-fl. 28), foram prestadas informações.

O Ministério Público Federal se manifestou pela denegação da ordem (e-fls. 58/66).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 152.946 - SP (2009/0219360-8)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES(Relator): Uma releitura do *habeas corpus*, nos moldes da que tem feito o Supremo Tribunal Federal, revela-se premente.

A Constituição da República define o rol de competências do Superior Tribunal de Justiça para o exercício da jurisdição em âmbito nacional.

No que se refere ao reexame das decisões dos Tribunais Estaduais ou Regionais Federais, quando denegatórias de *habeas corpus*, a Carta Política estabelece taxativamente o instrumento processual adequado ao exercício de tal competência, a saber, o recurso ordinário. Leia-se o art. 105, inciso II, alínea "a":

*Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
(...)*

*II – julgar, em **recurso ordinário**:*

a) os habeas corpus decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão for denegatória.

Daí não parecer salutar que esta Corte continue a admitir a impetração de *habeas corpus* (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias.

Confira-se julgamento da Primeira Turma do STF, realizado em 7/8/2012, no *Habeas Corpus* nº 109.956/PR, noticiado no Informativo nº 674 do STF:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alinhava à jurisprudência até então prevalecente na 1ª Turma e ainda dominante na 2ª Turma, no sentido da viabilidade do writ. HC 109956/PR, rel. Min. Marco Aurélio, 7.8.2012. (HC nº 109.956)

Transcrevo o que disse o Ministro Marco Aurélio, no voto condutor:

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 a 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.

Cumpre 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.

Nessa quadra, a existência de previsão específica, no art. 105, II, "a", da CF, de cabimento de recurso ordinário contra decisões denegatórias de *habeas corpus* exclui toda e qualquer interpretação no sentido de autorizar o manejo do writ originário nesta Corte, substitutivo de recurso ordinário, com fundamento no art. 105, I, "c", da CF.

É mister restaurar a consciência da missão constitucional do Superior Tribunal de Justiça, isto é, de intérprete da lei federal. É preciso assimilar, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

precisão, que não cabe ao Tribunal Superior reexaminar fatos, ou apreciar o grau de justiça das decisões proferidas pelos Tribunais Estaduais e Federais.

De se ver recente julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal, de 21/8/2012:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HISTÓRICO. VULGARIZAÇÃO E DESVIRTUAMENTO. SEQUESTRO. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ILEGALIDADE OU ARBITRARIEDADE.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte.

2. A dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete precipuamente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores.

3. Assim como a concorrência de vetoriais negativas do art. 59 do Código Penal autoriza pena base bem acima da mínima legal, a existência de uma única, desde que de especial gravidade, também autoriza a exasperação da pena, a despeito de neutras as demais vetoriais.

4. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao quantum da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, §3º, do mesmo diploma legal. Precedentes.

5. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

avaliação e valoração das provas, ao reexame do conjunto fático probatório determinante da fixação das penas.

6. Habeas corpus rejeitado.

(HC nº 104.045/RJ, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe de 6/9/2012)

Assim, verificada hipótese de dedução de *habeas corpus* em lugar do recurso ordinário constitucional, impõe-se a sua rejeição.

Impende ressaltar, em casos que tais, uma vez constatada a existência de ilegalidade flagrante, nada impede que esta Corte defira ordem de ofício, como forma de coarctar o constrangimento ilegal, existente, na espécie, tão somente quanto ao regime inicial de cumprimento da pena.

Com efeito, o paciente foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática dos crimes previstos no art. 214, c/c o art. 224, "a", ambos do Código Penal. Os mencionados artigos foram revogados pela Lei 12.015/2009, mas encontram-se constantes do novo tipo penal, na hipótese típica denominada estupro de vulnerável, de sanção mais gravosa.

Pretende o impetrante a desclassificação do delito de atentado violento ao pudor com violência presumida para a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor.

Ocorre que a aventada desclassificação demanda análise aprofundada do conjunto fático-probatório da ação penal, providência incompatível com a via eleita.

A propósito:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO PRETÓRIO EXCELSO. CRIME DE ESTUPRO. DESCLASSIFICAÇÃO. APRECIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME APROFUNDADO DAS PROVAS. PRETENDIDA ANÁLISE DE QUESTÕES DIVERSAS. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Supremo Tribunal Federal, pela sua Primeira Turma, passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. Precedentes: HC 109.956/PR,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Marco Aurélio, DJe de 11.9.2012 e HC 104.045/RJ, Ministra Rosa Weber, DJe de 6.9.2012, dentre outros.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira de tal entendimento, tem amoldado o cabimento do remédio heroico, sem perder de vista, contudo, princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa. Nessa toada, 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: HC 221.200/DF, Ministra Laurita Vaz, DJe 19.9.2012.

- A pretendida desclassificação do delito de atentado violento ao pudor para a contravenção prevista no art. 65 da Lei de Contravenções Penais é inviável na via sumária do habeas corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas constantes da ação penal.

- No tocante aos pedidos de alteração do regime inicial do cumprimento da reprimenda e da observância da fração de 1/6 (um sexto) como requisito objetivo para progressão do regime, bem como o deferimento do sursis, o mandamus não pode ser admitido, porque constata-se que tais matérias não foram apreciadas pelo Tribunal a quo, já que sequer foram suscitadas pelo paciente quando da impetração do habeas corpus originário. Inviável, dessa forma, a análise diretamente por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Habeas corpus não conhecido.

(HC 177.515/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 19/10/2012)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE. ALEGAÇÃO QUE DEMANDA APROFUNDADO REEXAME DE PROVA. TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. DELITO CONSUMADO.

1. A desclassificação do delito de atentado ao pudor para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto-lei nº 9.760/1946) constitui pretensão que demanda, necessariamente, análise aprofundada do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.

2. O delito de atentado violento ao pudor (à época previsto no art. 214 do Código Penal) se consuma com a efetiva prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

3. Na hipótese, verifica-se, pela fundamentação declinada pelo Magistrado singular, que se consumou o delito de atentado violento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao pudor, uma vez que restou evidenciada a prática de atos libidinosos com efetivo e reiterado contato físico entre o agressor e a vítima menor.

4. De se ver que em "nosso sistema, o delito de atentado violento ao pudor engloba atos libidinosos de diferentes níveis, inclusive, os toques, os contatos voluptuosos e os beijos lascivos." (Resp nº 1.007.121/ES, Quinta Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 28/09/2009.) 5. Ordem denegada.

(HC 170.189/MS, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 12/09/2011)

HABEAS CORPUS. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. REDUÇÃO DA PENA. FALTA DE INTERESSE. SANÇÃO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO. PEDIDO PREJUDICADO.

1. É patente a inadequação da via eleita, em que são vedadas incursões na seara fático-probatória, para obter a desclassificação do crime de atentado violento ao pudor para contravenção penal prevista no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41, destacando-se que tanto o Juiz de primeiro grau quanto o Tribunal de origem deixaram certa a comprovação do delito a que foi condenado o paciente.

2. Não há interesse processual na formulação de pedido de redução da pena se esta já foi estabelecida no patamar mínimo previsto para o delito.

3. Se o paciente já progrediu para o regime aberto, fica superada a pretensão de que seja fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.

4. Habeas corpus parcialmente prejudicado e, no mais, denegada a ordem.

(HC 84.154/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2010, DJe 29/3/2010)

Outra não é a opinião da representante do Ministério Público Federal (e-fls. 61/62):

(...) Não há como dar acolhimento à pretensão sub judice.

Descabido afigura-se, aqui, o debate em torno da tese sustentada pelo Impetrante, de haver A. S. B. incorrido na prática, apenas, da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, prevista no art. 61 do Decreto-Lei nº 3.688/41, uma vez que seu exame implicaria a análise de todo o material fático-probatório dos autos, incompatível com a presente via eleita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente caso, após o cotejo minucioso das provas carreadas aos autos, o Juízo de Direito da Sétima Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP concluiu pela ocorrência dos elementos objetivos e subjetivo caracterizadores do crime tipificado no art. 214 do Estatuto Repressivo, havendo sido a condenação posteriormente confirmada pelo Pretório de Justiça Bandeirante.

Entretanto, considerando que a pena não alcança 8 (oito) anos; que o paciente é primário; e que as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis na sentença (fl. 14) , tenho que o regime semiaberto é o indicado para o início de cumprimento da privativa de liberdade.

Ante o exposto, meu voto não conhece do *habeas corpus* e defere a ordem, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da privativa de liberdade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0219360-8

HC 152.946 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 3880223 77098 993020226990

EM MESA

JULGADO: 27/11/2012
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCUS VINICIUS RIBEIRO - DEFENSOR PÚBLICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : A S B

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual

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, mas, de ofício expediu ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.