



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.534 - MS (2014/0098274-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAX RICARD CORREA BALBUENA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. AMEAÇA E VIAS DE FATO. ÂMBITO DOMÉSTICO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. O art. 44, I, do Código Penal, impede aos condenados por crimes praticados com violência ou grave ameaça no âmbito doméstico a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de abril de 2016(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.534 - MS (2014/0098274-5)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAX RICARD CORREA BALBUENA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de MAX RICARD CORREA BALBUENA, no qual aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (Apelação n. 0017532-91.2011.8.12.0001).

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 147 do Código Penal e no art. 21 do Decreto n. 3.688/1941, à pena de 1 mês e 10 dias de detenção e 20 dias de prisão simples, em regime aberto, suspensas pelo prazo de 2 anos.

Interposta apelação, o Tribunal local negou provimento ao recurso defensivo, nos seguintes termos (fls. 335/348):

APELAÇÃO CRIMINAL - VIAS DE FATO E AMEAÇA - PRELIMINARMENTE - ALEGADA NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEITADA - ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - RECEBIMENTO DA DENÚNCIA - DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA - RESPOSTA À ACUSAÇÃO - SUPOSTA NULIDADE NÃO INVOCADA NO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO - EVENTUAL DEFEITO SANADO - SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL - MÉRITO - AMEAÇA - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA - NÃO ACOLHIDO - BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO TIPO VIOLADO - ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL ANTE A AUSÊNCIA DE PROVAS - REJEITADA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ALEGADA LEGÍTIMA DEFESA - NÃO ACOLHIDA - EXCLUDENTE DE ILICITUDE NÃO DEMONSTRADA - PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA - INAPLICABILIDADE PECULIARIDADES DO FATO - EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE - ALEGADA EMBRIAGUEZ -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO ACOLHIDA - ART. 28, § 1.º, DO CÓDIGO PENAL - CONSUNÇÃO ENTRE OS DELITOS DE AMEAÇA E VIAS DE FATO - DELITOS AUTÔNOMOS - PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INVIÁVEL - CONFISSÃO QUALIFICADA - AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, ALÍNEA "F", DO CP - INVIABILIDADE - PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO NA LESÃO CORPORAL - NÃO ACOLHIDO - PRIVILÉGIO NÃO DEMONSTRADO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DIREITOS - INCABÍVEL - RECURSO IMPROVIDO.

No presente *writ*, a impetrante alega que o paciente sofre constrangimento ilegal ante o indeferimento do pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assinala ser "perfeitamente possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois a violência e a grave ameaça que obstam a concessão da benesse devem resultar de crime grave, que traga perigo à vida da vítima, e não a crime de menor potencial ofensivo, como no caso em tela" (fl. 6).

Salienta "que a violência e/ou ameaça constitui o próprio tipo penal, não se justificando a exclusão do benefício, se atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, mostrando-se, portanto, perfeitamente cabível a aplicação da pena restritiva de direitos" (fl. 7).

Dessa forma, requer, na liminar e no mérito, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O pedido de liminar foi indeferido às e-STJ fls. 354/356.

O Ministério Público Federal opinou, às e-STJ fl. 365, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 293.534 - MS (2014/0098274-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA(Relator):

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do país:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

[...] Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ 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 do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente habeas corpus substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Busca-se na presente oportunidade, o reconhecimento de constrangimento ilegal ante o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Analisando os autos, constata-se que o Magistrado de primeiro grau deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sob o fundamento de que a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena não pode ser substituída quando o delito for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, principalmente, em decorrência de violência doméstica e familiar (fl. 194).

O Tribunal local, ao negar provimento à apelação, asseverou (fl. 347):

Por fim, requer o apelante a substituição da pena corporal por restritivas de direito.

Melhor sorte não lhe socorre. Vejamos.

Em que pese a Lei n. 11.340/2006 estabelecer vedação apenas e tão somente à aplicação de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, não foram atendidos os requisitos necessários para a substituição da reprimenda corporal por alternativas.

Conforme restou consignado na sentença, in casu a aplicação de penas restritivas de direitos encontra óbice no inc. I do art. 44 do Código Penal, que inviabiliza a incidência na hipótese de crime cometido com violência e grave ameaça contra a pessoa, tal qual ocorre no crime de lesão corporal.

Nesse prospecto, impossível a substituição.

Assim, não se constata qualquer constrangimento ilegal a ser sanado na presente via, pois esta Corte Superior já pacificou o entendimento no sentido de que, em se tratando de delito praticado mediante violência ou grave ameaça, inviável a substituição corporal.

A propósito:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA DE MORTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] III - O artigo 44 do Código Penal estabelece que será aplicada a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça. IV - In casu, houve ameaça de morte, circunstância que impede a aplicação do art. 44 do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. (HC 306.856/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 10/4/2015).

Ademais, de qualquer modo, o fato de ter sido a grave ameaça praticada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contra a mulher no contexto doméstico, por si só, já inviabilizaria a substituição almejada pelo paciente.

Nesse sentido:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO DO ART. 44 DO CP. INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não obstante a sanção reclusiva imposta ser inferior a 4 (quatro) anos, trata-se de delito cometido com grave ameaça contra a pessoa em decorrência de violência doméstica e familiar, o que impossibilita, de pronto, a pretendida substituição. "O inciso I do art. 44 do Código Penal é claro ao proibir a substituição quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa" (REsp 1413402/MG). 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 547.207/DF, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 05/11/2014).

Dessarte, escoreita a não aplicação, no caso, do art. 44 do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade a ser sanada na presente via.

Ante o exposto, em razão da ausência de constrangimento ilegal, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0098274-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 293.534 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00175329120118120001 175329120118120001

EM MESA

JULGADO: 12/04/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : MAX RICARD CORREA BALBUENA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a liberdade pessoal - Ameaça

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.