



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.856 - SP (2012/0191200-9)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
IMPETRANTE : DOUGLAS LUIZ ABREU SOTELO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SANTOS CARDOZO RAMOS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO **WRIT**. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2.º, I E II, DO CÓDIGO PENAL). TESE DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, COM IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. RÉU ABSOLVIDO, EM 1.º GRAU, E, CONDENADO, PELO TRIBUNAL DE 2.º GRAU. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO, SEM QUALQUER FUNDAMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

I. 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", 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 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 recursos especial e ordinário ou revisão criminal, 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 decisão teratológica.

V. **In casu**, evidencia-se o constrangimento ilegal, a ensejar a concessão da ordem, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, eis que o paciente, que havia sido absolvido, em 1.º Grau, teve a segregação imposta, no acórdão condenatório – que julgou a Apelação, interposta pelo Ministério Público –, sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, limitando-se o Tribunal de 2.º Grau a determinar a imediata expedição de mandado de prisão, sem qualquer fundamentação, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se admite. Precedentes do STJ.

VI. **Habeas corpus** não conhecido.

VII. Ordem concedida, de ofício, para deferir, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sem prejuízo da imposição, pelo Tribunal de 2.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

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), 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.

Brasília (DF), 09 de abril de 2013(data do julgamento)

MINISTRA ASSUSETTE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.856 - SP (2012/0191200-9)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de **Habeas corpus**, substitutivo de Recurso Especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de Daniel Alberto dos Santos Machado, na realidade, DANIEL SANTOS CARDOZO RAMOS – preso por força de prisão preventiva, decretada em 1º/04/2011, absolvido, em 1.^a Instância, com expedição de alvará de soltura, e condenado, em sede de Apelação, como incurso no art. 157, § 2.º, incisos I e II, do Código Penal –, contra acórdão proferido pela 5.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade, determinando, sem fundamentação, a expedição imediata de mandado de prisão.

Sustentam os impetrantes, em síntese, falta de fundamentação para o indeferimento do direito de recorrer em liberdade, tendo em vista a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, razão pela qual requerem, inclusive liminarmente, seja "assegurado desde já o direito de aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória em liberdade, expedindo-se o competente contramandado de prisão" (fl. 11e).

O pedido de liminar foi por mim indeferido, a fl. 301e.

As informações foram prestadas, a fls. 305/346e.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República, JOÃO PEDRO DE SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO, opinou pela denegação da ordem (fls. 349/354e).

Consta dos autos o Ofício 11.080, de 21/12/2012, do STF, noticiando a concessão de liminar, pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO, nos autos do **Habeas corpus** 116210/SP, a fls. 361/364e, determinando-se a expedição de alvará de soltura, em favor do paciente. Na oportunidade, foi ressaltado que a concessão da medida liminar, naquele **writ**, "não prejudica o de nº 253.856, impetrado no Superior Tribunal de Justiça" (fl. 364e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 253.856 - SP (2012/0191200-9)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Consoante relatado, verifica-se que o presente **Habeas corpus** foi impetrado em substituição a Recurso Especial, constitucionalmente previsto para impugnar acórdão proferido por Tribunal de 2º Grau, nos termos do art. 105, III, da Constituição Federal.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça, após o julgamento, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, dos HCs 109.956/PR (DJe de 11/09/2012) e 104.045/RJ (DJe de 06/09/2012) – quando se considerou incabível o **habeas corpus**, para substituir recurso ordinário constitucional, contra denegação da ordem, pelo STJ –, firmou entendimento pela inadequação do **writ**, para substituir recursos especial e ordinário ou revisão criminal, reafirmando que o remédio constitucional não pode ser utilizado, indistintamente, sob pena de banalizar o seu precípua objetivo e desordenar a lógica recursal.

Confirmam-se, nesse sentido, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também tem negado seguimento a **habeas corpus**, substitutivos de recurso ordinário, com fulcro no art. 38 da Lei 8.038/90, quando inexistente flagrante ilegalidade, apta a ensejar a concessão da ordem, de ofício (HC 114.550/AC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 24/08/2012; HC 114.924/RJ, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe de 28/08/2012).

Em caso 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, o que ora passo a fazer.

In casu, há manifesto constrangimento ilegal, passível da concessão, de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, de ordem de **habeas corpus**.

Como relatado, busca o impetrante assegurar, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade.

Foi o paciente preso preventivamente, pela suposta prática do delito previsto no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal. Foi absolvido, em 1.º Grau, nos termos do art. 386, VII, do CPP, sendo determinada, na oportunidade, a expedição de alvará de soltura, em seu favor (fls. 23/32e).

Em sede de Apelação, o Tribunal de Justiça paulista deu provimento ao recurso ministerial, para condenar o paciente, como incurso no art. 157, § 2.º, I e II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal, estipulando o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda reclusiva e determinando a imediata expedição de mandado de prisão, em seu desfavor, sem qualquer fundamento, **in verbis**:

"Meu voto, pois, NEGA PROVIMENTO ao recurso de CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MACHADO e **DÁ PROVIMENTO ao recurso do Ministério Público para condenar DANIEL SANTOS CARDOSO RAMOS**, portador do RG nº 40.518.504-2, filho de Cícero da Silva Cardozo Ramos e Maria de Fátima dos Santos Machado Ramos, **como incurso no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, às penas de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, no mínimo legal, estipulado o regime fechado para o início do cumprimento da reprimenda.**

Expeça-se mandado de prisão para DANIEL" (fls. 21/22e).

Como se vê, a segregação do paciente foi imposta, no acórdão condenatório, sem que se apontasse qualquer fato concreto, que demonstrasse a necessidade da custódia cautelar, nos termos do art. 312 do CPP, limitando-se o Tribunal de 2.º Grau a determinar a imediata expedição de mandado de prisão, sem qualquer fundamentação, o que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não se admite.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. **REFORMA DA SENTENÇA PELO**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUNAL DE ORIGEM. CONDENAÇÃO. EXPEDIÇÃO AUTOMÁTICA DE MANDADO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DESCABIMENTO.

1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas nem integre organização criminosa.

2. É inaplicável a minorante legal ao caso, pois, embora o paciente seja primário e sem antecedentes, não atende ao requisito previsto no mencionado artigo, pois concluído pelo Tribunal de origem que pertence a organização criminosa.

3. Para se chegar a conclusão diversa, haveria necessidade de revolvimento do acervo fático-probatório, providência descabida na via estreita do habeas corpus. Precedentes do STJ.

4. Embora a reprimenda não alcance oito anos de reclusão, o regime fechado deve ser mantido para o início da expiação, diante das particularidades do caso ora em análise - quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos - 926 g (novecentos e vinte e seis gramas) de maconha e 5 (cinco) pontos de LSD.

5. Ultrapassado o limite de quatro anos, descabe falar em substituição por restritivas de direitos. Ainda que assim não o fosse, as mesmas diretrizes acima explicitadas inviabilizariam o benefício.

6. Na linha da jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio constitucional da presunção de inocência, configura constrangimento ilegal a expedição de mandado de prisão com base, tão somente, no esgotamento das instâncias ordinárias.

7. Habeas corpus parcialmente concedido para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado na ação penal aqui tratada" (STJ, HC 189.432/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 01/07/2011).

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU COMO INCURSO NO ART. 16 DA LEI N.º 6.368/76. CONCESSÃO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÃO QUE CONDENA O PACIENTE COMO NAS SANÇÕES DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DETERMINA A IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. PRINCÍPIO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO-CULPABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO DE ACORDO COM RECENTE PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. APLICABILIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO PENAL. IRRETROATIVIDADE DA NORMA GRAVOSA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. Em princípio, o réu que esteve em liberdade durante o transcorrer da ação penal, mesmo após o julgamento do apelo, tem o direito de aguardar solto o julgamento do recurso que interponha contra a condenação. A prisão cautelar, de natureza processual, só pode ser decretada em se mostrando a absoluta necessidade de sua adoção, de acordo com a atual orientação do Plenário da Suprema Corte.

2. Encaixando-se a hipótese no disposto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 – tratando-se de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa, é de rigor a aplicação da causa de diminuição, quando favorável ao réu.

3. Para os crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei n.º 11.464/2007, afigura-se incabível a fixação do regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena, quando fixada a pena-base no mínimo legal, com o reconhecimento de circunstâncias judiciais favoráveis. Inteligência do art. 33, § 2.º, alínea c, do Código Penal. Aplicação do regime aberto.

4. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal.

5. Ordem concedida para assegurar ao Paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, bem como para reformar o acórdão recorrido, a fim de fixar a reprimenda em 01 ano e 08 meses de reclusão. De ofício, fixo o regime inicial aberto e concedo a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, a ser implementada pelo Juízo das Execuções Penais, à luz do art. 44 do Código Penal" (STJ, HC 133.962/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 14/09/2009).

Entre os extremos da prisão cautelar e da liberdade provisória, a Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Verifica-se que a jurisprudência do Supremo 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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**, substitutivo de Recurso Especial. Concedo, porém, **habeas corpus**, de ofício, para deferir, ao paciente, o direito de recorrer em liberdade, salvo se por outro motivo deva permanecer preso, mediante termo de compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sem prejuízo de fundamentada imposição, pelo Tribunal de 2.º Grau, de medidas cautelares alternativas, nos termos do art. 319 do Código de Processo Penal.

Após o julgamento, encaminhe-se cópia do inteiro teor do acórdão ao eminente Ministro MARCO AURÉLIO, Relator, no STF, do HC 116.210/SP (fls. 362/364e).

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0191200-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 253.856 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 263092520118260050 4482011 50110263090 649157820118260000

EM MESA

JULGADO: 09/04/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

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 : DOUGLAS LUIZ ABREU SOTELO E OUTRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL SANTOS CARDOZO RAMOS
CORRÉU : CARLOS ALBERTO DOS SANTOS MACHADO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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), 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.