



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.528 - SP (2013/0356694-2)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN MACHADO VIEIRA DA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL. ALEGADA OFENSA À SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior de Justiça quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, como na hipótese em apreço, em que restou observado que os acusados, em número de três, realizaram as subtrações em via pública, com evidente risco à integridade corporal das vítimas.

4. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que eventualmente permita a concessão de ordem *ex officio*.

5. *Writ* não conhecido, por se tratar de errônea impetração de *habeas corpus* originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso especial (ressalvado o entendimento pessoal da Relatora).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Marco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.
Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.528 - SP (2013/0356694-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JONATHAN MACHADO VIEIRA DA CRUZ

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de JONATHAN MACHADO VIEIRA DA CRUZ, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido nos autos da Apelação Criminal n.º 0036310-06.2012.8.26.0577.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, às penas de 10 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa.

Contra a sentença, Defesa e Ministério Público se insurgiram. O Tribunal de origem negou provimento à apelação ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo para, afastado o concurso material de crimes e reconhecida a continuidade delitiva, reduzir as penas do Acusado para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais 20 dias-multa, mantido o regime prisional.

Busca-se, no presente *writ*, em síntese, seja fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da pena reclusiva.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 48/49.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 58/59, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 89/93, opinando pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 280.528 - SP (2013/0356694-2)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. DIREITO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REGIME PRISIONAL. ALEGADA OFENSA À SÚMULA N.º 440 DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE QUE, EVENTUALMENTE, PUDESSE ENSEJAR A CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDA.

1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

2. Esse entendimento tem sido adotado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça também nos casos de utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, com a ressalva da posição pessoal desta Relatora, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

3. Inexiste violação à Súmula n.º 440 desta Corte Superior de Justiça quando a fixação do regime prisional é baseada na gravidade concreta da conduta delituosa, como na hipótese em apreço, em que restou observado que os acusados, em número de três, realizaram as subtrações em via pública, com evidente risco à integridade corporal das vítimas.

4. Ausência de flagrante constrangimento ilegal que eventualmente permita a concessão de ordem *ex officio*.

5. *Writ* não conhecido, por se tratar de errônea impetração de *habeas corpus* originário em substituição à via de impugnação cabível, qual seja, o recurso especial (ressalvado o entendimento pessoal da Relatora).

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ(RELATORA):

Inicialmente, não se desconhece que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque a competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal trata-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República.

Não obstante, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por ambas as



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turmas, não tem admitido a extensão desse entendimento aos casos de *writ* substitutivo de recurso especial (HC 115715, Rel. Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, DJe-179 PUBLIC 12-09-2013; RHC 117845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/09/2013, DJe-197 PUBLIC 07-10-2013; HC 113690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, DJe-197 PUBLIC 08-10-2012).

Diante disso, embora reconheça a ocorrência de abuso na utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso especial, vinha persistindo no conhecimento do *writ* em tais casos, por cautela, até o final posicionamento da Suprema Corte.

Porém, fiquei vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão pela qual me curvo ao entendimento majoritário, para, ressalvado meu posicionamento pessoal, não conhecer do *habeas corpus* substitutivo do recurso especial, sem prejuízo de, eventualmente, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

No caso, consta dos autos que o Paciente foi condenado, em primeira instância, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, por duas vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, às penas de 10 anos e 08 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 26 dias-multa.

Contra a sentença, Defesa e Ministério Público se insurgiram. O Tribunal de origem negou provimento à apelação ministerial e deu parcial provimento ao recurso defensivo para, afastado o concurso material de crimes e reconhecida a continuidade delitiva, reduzir as penas do Acusado para 06 anos, 02 meses e 20 dias de reclusão, mais 20 dias-multa.

O Tribunal de origem manteve o regime inicial fechado mediante a seguinte fundamentação, *in verbis*:

"Por fim, a fixação do regime prisional fechado independe da quantidade de pena aplicada na r. sentença condenatória. O regime deve ser estipulado atendendo às circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59, do Código Penal, observado o que dispõe o artigo 33, parágrafo 3.º, do mesmo Diploma.

E, no caso, o regime mais adequado para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao acusado é mesmo o fechado, porquanto condenado por crime de roubo qualificado, infração penal repugnante que, por suas características e consequências, desassossega a sociedade e causa traumas profundos em suas vítimas.

[...]

Também é importante esclarecer que não há determinação legal que sempre obrigue à coincidência entre a pena fixada e o regime prisional correspondente. Tanto assim que a Súmula 719, do Colendo Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, dispõe que, com motivação idônea, é perfeitamente possível a imposição de regime de cumprimento de pena mais severo.

E, no caso, a conduta do apelado revelou periculosidade concreta e efetiva, haja vista que, em número de três meliantes, buscaram as subtrações em plena via pública e em evidente risco à integridade corporal das vítimas, o que justifica a manutenção, ao menos inicialmente, do regime mais rigoroso.

Além disso, será evitado o imediato retorno do acusado ao convívio social, pois no regime intermediário teria direito à saída temporária, para o que, à evidência, não está ainda apto. Deverá demonstrar, para que isso aconteça, o preenchimento dos requisitos legais, sobretudo o risco mínimo de ofensa à sociedade.

[...]" (Fls. 39/41; sem grifo no original.)

A transcrição acima revela que o regime fechado foi estabelecido em razão da gravidade concreta do delito, notadamente porque os acusados, em número de três, realizaram as subtrações em via pública, com "*evidente risco à integridade corporal das vítimas*". O fato de esses argumentos não terem sido utilizados para a exasperação da pena-base demonstra tão somente a benevolência das instâncias ordinárias, não conduzindo à inferência de que há violação ao enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte Superior Tribunal de Justiça. Este, ao contrário, é muito claro em vedar a fixação de regime mais gravoso quando realizado com base na **gravidade abstrata** do delito, o que, como visto, não foi o caso.

Exemplificativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO. REFERÊNCIA A ELEMENTO CONCRETO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Não há manifesta ilegalidade a ser reconhecida. Por mais que a pena-base tenha sido fixada no mínimo legal, bem como o quantum da pena ser inferior a oito anos de reclusão, havendo menção a elemento concreto para o estabelecimento de regime inicial mais severo, não há falar em constrangimento ilegal. In casu, foi apontada significativa particularidade fática (não se podem equiparar, para efeito de valoração do injusto-típico, condutas como as descritas neste processo com outros delitos, nos quais, a despeito do concurso de agentes e emprego de armas, não são realizados disparos ou atos de violência pessoal contra os ofendidos. Houve maior desvalor do resultado nos delitos ora examinados e, portanto, é justo que, para reafirmação da norma penal violada, a resposta seja mais intensa, proporcional à gravidade concreta do crime, demonstrada no processo) a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

evidenciar modus operandi com plus de reprovabilidade, autorizando, assim, a aplicação do regime fechado.

3. Habeas corpus *não conhecido*". (HC 196.030/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 26/08/2013.)

Ressalte-se, ainda, que a questão em apreço é **de todo diversa** da hipótese em que o regime inicial mais gravoso é justificado exclusivamente no emprego de arma de fogo ou no concurso de agentes. Ressalvada minha divergência, a Quinta Turma deste Sodalício tem decidido que essas majorantes, *de per si*, permitem a agravação do aspecto qualitativo da reprimenda (regime prisional) independentemente do aspecto quantitativo (*quantum* de pena fixado na primeira fase da dosimetria). Exemplificativamente: HC 274149/SP; HC 268570/SP; REsp 1330978/SP.

Com relação a isso, tenho sustentado que o princípio da legalidade inviabiliza que **causas de aumento de pena** sejam consideradas como fundamentos exclusivos para a apreciação do regime prisional adequado ao caso concreto, já que o Código Penal não deixa nenhuma dúvida de que, para além da reincidência e do *quantum* de pena aplicado (art. 33, § 2.^o), os únicos argumentos autênticos para a agravação do regime prisional devem guardar relação com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo *Codex*. Como dito anteriormente, todavia, a hipótese destes autos é diversa, pois a gravidade concreta do crime foi demonstrada não somente pela presença de majorantes, mas sim por circunstâncias que deixaram de ser desvaloradas na primeira etapa da dosimetria por nítida benevolência do magistrado.

Desse modo, não se constata, na espécie, ilegalidade flagrante que permita a concessão do remédio constitucional de ofício.

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO da ordem de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0356694-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 280.528 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00363100620128260577 12792012 363100620128260577

EM MESA

JULGADO: 17/12/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JONATHAN MACHADO VIEIRA DA CRUZ

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

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 Jorge Mussi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Regina Helena Costa votaram com a Sra. Ministra Relatora.