



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.607 - SP (2014/0032228-6)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO CANINDE DA SILVA
PACIENTE : ALDEMIR ALVES LIMA
PACIENTE : ROGÉRIO XAVIER DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO, EM CONCURSO FORMAL. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PENAL. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NOS ARTS. 33, §§ 2.º E 3.º, E 59, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. 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. Consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais e fixada a pena acima de quatro anos de reclusão é cabível o regime inicial fechado, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal.

4. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

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

Brasília (DF), 06 de maio de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.607 - SP (2014/0032228-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FRANCISCO CANINDE DA SILVA
PACIENTE : ALDEMIR ALVES LIMA
PACIENTE : ROGÉRIO XAVIER DOS SANTOS

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de FRANCISCO CANINDE DA SILVA, ALDEMIR ALVES LIMA e ROGÉRIO XAVIER DOS SANTOS, condenados como incurso no crime de furto qualificado tentado, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao recurso de apelação defensivo.

O primeiro Paciente foi condenado à pena de 04 anos e 03 meses de reclusão, o segundo à pena de 04 anos e 06 meses de reclusão e o terceiro à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, todos em regime inicial fechado.

Busca o Impetrante, em liminar e mérito, a fixação do regime semiaberto para o inicial cumprimento da pena dos Pacientes.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 90/91.

As informações foram dispensadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 98/103, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 288.607 - SP (2014/0032228-6)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO, EM CONCURSO FORMAL. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PENAL. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NOS ARTS. 33, §§ 2.º E 3.º, E 59, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS CONSIDERADAS DESFAVORÁVEIS. PENA MAIOR QUE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. 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. Consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais e fixada a pena acima de quatro anos de reclusão é cabível o regime inicial fechado, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal.

4. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, vencida nesta colenda Quinta Turma (HC 266.835/SP e HC 274.618/SP, julgados em 21/11/2013), razão a que 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, os Pacientes foram denunciados por quatro furtos duplamente qualificados (rompimento de obstáculo à subtração da coisa e concurso de pessoas), porque, consoante narram os autos, tentaram subtrair, mediante arrombamento, o dinheiro existente no interior de caixas eletrônicos de propriedade dos bancos Bradesco e Itaú, dois cofres de uma casa lotérica e diversos objetos pertencentes ao estabelecimento comercial *Compre Bem*, só não atingindo o intento porque a guarda estadual foi avisada e todos acabaram sendo presos em flagrante.

Encerrada a instrução, o MM Juiz de primeiro grau condenou os réus como incursos no artigo 155, parágrafo 4º, incisos I e IV, em combinação com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, por quatro vezes. Aplicada a regra do concurso formal, FRANCISCO foi condenado ao cumprimento de 04 anos e 03 meses de reclusão, além do pagamento de 40 dias-multa, no limiar; ALDEMIR, ao desconto de 04 anos e 06 meses de reclusão, mais o pagamento de 42 dias-multa, e ROGÉRIO à pena de 04 anos e 07 meses de reclusão, mais o pagamento de 43 dias-multa, no piso. Para todos foi fixado o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

O Tribunal de Justiça paulista, ao negar provimento a recurso de apelação, manteve a sentença condenatória em sua totalidade, aduzindo:

"As penas básicas impostas aos apelantes ficaram assentadas acima do mínimo legal e assim devem permanecer, porquanto a Juíza sentenciante justificou os motivos pelos quais resolveu exacerbar-las, obedecendo aos ditames do artigo 59 do Estatuto Repressivo, levando em conta os antecedentes criminais de cada qual, bem como "as circunstâncias e consequências do delito, especialmente considerados o grande número de agentes envolvidos, a espécie de equipamentos utilizados, os danos causados pela ação dos criminosos, todos fatores indicativos da maior periculosidade dos autores do delito", ressaltando que no local do episódio os gendarmes encontraram "maçaricos, ferramentas, um pé de cabra,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

botijões de gás, cilindros de oxigênio e de gás carbônico. Havia mercadorias separadas para serem subtraídas, dois caixas eletrônicos haviam sido arrombados, bem como a porta da casa lotérica, de onde foram retirados dois cofres” (fls. 933 e 928, verbis).

[...]

Em seguida, diante do concurso formal, a Juíza a quo aumentou as sanções de metade, utilizando-se do seu poder discricionário, absolutamente dentro dos limites mínimo e máximo estabelecidos pelo legislador. Tendo em vista o iter percorrido pelos agentes na empreitada criminosa, que - por pouco não se consumou, pois eles “já haviam arrombado a porta do supermercado, a porta da lotérica, bem como aberto dois caixas eletrônicos” - os castigos foram corretamente reduzidos de apenas 1/3.

[...]

Registro que, pelos mesmos motivos acima especificados, foi corretamente estabelecido o regime inicial fechado, para o início do cumprimento das reprimendas de todos os acusados. A propósito, em que pese o estatuído pelo texto pouco ortodoxo do artigo 387, parágrafo 2º, do Estatuto de Rito, que mistura a fase de conhecimento com a fase de execução, o fato é que, neste momento, independentemente do tempo de castigo já descontado, torna-se inviável o abrandamento do regime imposto - o que significaria, em última análise, uma verdadeira progressão -, pois não há elementos suficientes para se aferir se os réus preenchem os requisitos de ordem subjetiva para tanto, mormente porque não foram submetidos ao imprescindível exame criminológico.” (fls. 80/83)

Como se vê, as instâncias ordinárias, fundamentadamente, consideraram desfavoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual fixaram a pena-base acima do mínimo legal, logo, cabível o regime prisional mais gravoso, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade.

No mesmo sentido, a jurisprudência desta Corte Superior:

"HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME INTERMEDIÁRIO. DESCABIMENTO.

1. É cabível a fixação de regime semiaberto em razão das circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis, ligadas a maneira com que foi cometido o delito, ainda que a pena final seja igual ou inferior a quatro anos.

2. Hipótese em que o julgador se valeu de elementos idôneos para determinar o regime prisional - crime cometido no período noturno e contra menor de idade - tendo, inclusive, arbitrado a pena-base acima do mínimo legal.

3. Ordem denegada.” (HC 220.667/MS, 6.ª Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 07/03/2012.)

"[...] EXECUÇÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

FORMA FECHADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REITERAÇÃO CRIMINOSA. FORMA MAIS SEVERA JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO VERIFICADA.

1. Tendo a sentença e o acórdão concluído de forma fundamentada quanto ao regime de cumprimento da pena, haja vista a desfavorabilidade de circunstâncias judiciais e ainda levando-se em conta a reiteração criminosa, justificada está a imposição do modo prisional mais gravoso.

2. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar a circunstância judicial dos maus antecedentes, bem como para alterar o patamar de aumento da pena de 3/8 (três oitavos) para o mínimo legal, qual seja, 1/3 (um terço), redimensionando-se a reprimenda do paciente definitivamente para 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, mantidos, no mais, a sentença e o aresto impugnado." (HC 151.190/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 16/02/2012.)

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. DESNECESSIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA MAIS SEVERO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. [...]

3. Fixada a pena-base acima do mínimo legal, com fundamentação idônea, correta a estipulação do regime inicial mais gravoso, conforme autorizado pelo § 3º do art. 33 do Código Penal.

4. Ordem denegada." (HC 96.379/SP, 5.^a Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ de 16/06/2008.)

Com efeito, consideradas desfavoráveis as circunstâncias judiciais e fixada a pena acima de quatro anos de reclusão é cabível o regime inicial fechado, nos termos da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal.

Desse modo, não se constata, na hipótese, 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: 2014/0032228-6

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 288.607 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00546751120108260050 050100546757 20130000659931 50100546757
546751120108260050

EM MESA

JULGADO: 06/05/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ALCIDES MARTINS**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: MARCO CHRISTIANO CHIBEBE WALLER
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FRANCISCO CANINDE DA SILVA
PACIENTE	: ALDEMIR ALVES LIMA
PACIENTE	: ROGÉRIO XAVIER DOS SANTOS
CORRÉU	: ELISMARCOS ROCHA VIEIRA
CORRÉU	: HILDEMBERG DANTAS DA SILVA
CORRÉU	: RAMALHO SILVA DE CARVALHO
CORRÉU	: ACRIZIO LOPES BRAGA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto Qualificado

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.