RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 106.359 - SP (2018/0329069-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE	:	FERNANDO GOMES DA SILVEIRA (PRESO)
ADVOGADO	:	LUIZ ROBERTO MENDES PENTEADO - DEFENSOR DATIVO - SP037030
RECORRIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de recurso interposto por **FERNANDO GOMES DA SILVEIRA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que denegou ordem de *habeas corpus* (e-STJ, fls. 245-278).

O paciente foi condenado pela suposta prática de duas extorsões mediante sequestro, praticadas em 2003 e 2004.

Sustenta que preencheu os requisitos aptos à progressão de regime, sendo desnecessária a prévia realização de exame criminológico para a obtenção da progressão.

Requer a concessão do referido benefício.

O Juízo de admissibilidade recursal admitiu o recurso especial como recurso ordinário, em consagração ao princípio da fungibilidade recursal (e-STJ, fls. 377-378).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Decido.

Cumpre registrar que se afigura erro grosseiro a interposição de recurso especial contra acórdão denegatório de *habeas corpus*, conforme entendimento reiterado desta Corte sobre o tema:

> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE *HABEAS CORPUS*. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. ERRO GROSSEIRO. EFEITO TRANSLATIVO. INAPLICABILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.
> 1. O recurso especial não é a via adequada para atacar decisão colegiada denegatória de *habeas corpus*. Nos termos do art. 105, II, "a", da Constituição Federal, o acórdão deve ser impugnado por meio de recurso ordinário, de maneira que, em virtude do erro grosseiro constatado, nem sequer há como aplicar o princípio da fungibilidade.
> 2. É possível o exame de matérias de ordem pública quando o recurso especial ultrapassa o juízo de admissibilidade, ainda que por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos.
> 3. Não há como invocar o efeito translativo na espécie se não houve a abertura da instância especial, já que o recurso especial nem mesmo chegou a ultrapassar a barreira do conhecimento, de modo que não há como apreciar, de ofício, a questão relativa à prescrição.
> 4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgInt no AREsp 973.872/SP, rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, j. 16/3/2017, DJe 23/3/2017.)

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HABEAS CORPUS. RECURSO ESPECIAL INCABÍVEL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. EQUÍVOCO INESCUSÁVEL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Contra o acórdão denegatório do *habeas corpus*, proferido pelo Tribunal de origem, foi interposto recurso especial ao invés de recurso ordinário previsto no art. 105, inciso II, alínea a, da Constituição Federal.

2. Nessa seara, é pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que "a interposição de recurso especial em substituição ao ordinário constitucionalmente previsto constitui erro grosseiro, inviabilizando a aplicação do princípio da fungibilidade". (AgRg no Ag 1431118/AM, rel. Ministro CAMPOS MARQUES (Desembargador Convocado do TJ/PR), Quinta Turma, j. 21/2/2013, DJe 27/2/2013)

3. Na linha dos precedentes deste Sodalício e do Supremo Tribunal Federal, inviável o conhecimento do recurso especial como habeas corpus substitutivo, uma vez que não é permitido o manejo do mandamus originário no lugar do recurso cabível, exceto se existir ilegalidade flagrante, o que não se verificou na hipótese dos autos.

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 828.072/ES, rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, j. 14/3/2017, DJe 22/3/2017).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE HABEAS CORPUS PROFERIDO PELO TRIBUNAL *A QUO*. RECURSO ORDINÁRIO. ERRO GROSSEIRO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. CRIME AUTÔNOMO. FORMAL. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. CONSUMAÇÃO. CESSAÇÃO DA PERMANÊNCIA.

1. O recurso especial é inadequado à impugnação de acórdão denegatório de habeas corpus. Consoante o art. 105, II, "a", da Constituição Federal, a decisão deveria ter sido atacada pela via do recurso ordinário, constituindo erro grosseiro a interposição do recurso especial.

2. O art. 288 do CP reflete hipótese de delito formal, cuja consumação se dá com a reunião ou associação de pessoas, de forma permanente e estável, para a prática de crimes, sendo irrelevante o efetivo cometimento das infrações penais inicialmente planejadas pelos membros do grupo.

3. A ausência de constituição definitiva do crédito tributário e a consequente suspensão da pretensão punitiva estatal - com relação ao delito tributário -, não implica a falta de justa causa para o processo por crime de formação de quadrilha.

4. Agravo regimental desprovido. Ordem de *habeas corpus* concedida de ofício, para afastar a suspensão da pretensão punitiva e

> do curso da prescrição quanto ao crime de quadrilha imputado à agravante, mantendo hígidos os atos judiciais praticados em relação à referida infração penal, inclusive o recebimento da denúncia." (AgRg no AREsp 505.990/PR, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, j. 26/4/2016, DJe 2/5/2016).

Ante o exposto, **não conheço** do recurso.
Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator