



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.413 - SP (2013/0367230-0)

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 : LEONARDO BALLONI MARTORELLI

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. REGIME INICIAL FECHADO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada 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/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

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), 04 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ

Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.413 - SP (2013/0367230-0)

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 : LEONARDO BALLONI MARTORELLI

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de *habeas corpus*, substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de LEONARDO BALLONI MARTORELLI, contra acórdão proferido, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (APC n.º 0053854-36.2012.8.26.0050).

O Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal. A Corte *a quo*, por sua vez, manteve incólume a sentença condenatória.

Neste *writ*, sustenta-se ser o caso de fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea *b*, do Código Penal, considerando-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal e o Paciente seria primário.

Postula-se, assim, inclusive *in limine*, a regime inicial intermediário.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fls. 28/29.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 38/39, com a juntada de peças processuais pertinentes à instrução do feito.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 65/72, opinando pela não conhecimento da ordem de *habeas corpus* e, caso contrário, por sua denegação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.413 - SP (2013/0367230-0)

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. REGIME INICIAL FECHADO. ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA N.º 440/STJ. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

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. O fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada 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/STJ, uma vez que o regime fechado foi estabelecido por conta da gravidade concreta do crime.

4. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

VOTO

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

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao **recurso ordinário constitucional**, nas hipóteses em que esse último é cabível. Isso porque as competências do Pretório Excelso e desta Corte tratam-se de matéria de direito estrito, previstas taxativamente na Constituição da República.

Contudo, a Suprema Corte não admite a extensão desse entendimento, por este Tribunal, aos casos de **writ substitutivo de recurso especial** (HC 115.715, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 12/09/2013;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RHC 117.845, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; HC 113.690, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 08/10/2012), diante do que prevê a alínea c, inciso I, do art. 105, do Texto Constitucional.

Por isso, vinha insistindo no conhecimento do *mandamus* em tais casos, já que não há, na Carta Magna, limitação em tal sentido. Ao contrário, confere a Constituição plena eficácia ao remédio constitucional do *habeas corpus* para salvaguarda do direito ambulatorial (cabível tão somente a restrição que se conclui da regra processual prevista em seu art. 105, inciso II, alínea a).

Vale reproduzir, inclusive, no ponto, fundamentação exarada pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, ao proferir voto vogal no julgamento do HC 110.118/MS pela Segunda Turma do Pretório Excelso, *in verbis*:

"Talvez a questão mais importante, neste caso, não seja a questão de fundo, mas, sim, a controvérsia em torno da admissibilidade e pertinência do remédio constitucional do "habeas corpus", que não pode ser comprometido, em sua eficácia e utilização, por razões, ainda que compreensíveis, de índole pragmática.

Tenho para mim que a decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro GILSON DIPP, mostra-se extremamente restritiva quanto à utilização do "habeas corpus", culminando por frustrar a aplicabilidade e a eficácia de um dos remédios constitucionais mais caros à preservação do regime de tutela e amparo à liberdade de locomoção física das pessoas.

O E. Superior Tribunal de Justiça, no acórdão objeto desta impetração, não conheceu da ação de "habeas corpus" lá ajuizada, por haver entendido tratar-se de "utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais".

Ao assim decidir, o E. Superior Tribunal de Justiça salientou, com apoio em fundamentação de que divirjo, que se vem registrando, no âmbito dos Tribunais, "uma irrefletida banalização e vulgarização do 'habeas-corpus'".

Preocupa-me, Senhor Presidente, abordagem tão limitativa das virtualidades jurídicas de que se acha impregnado o remédio constitucional do "habeas corpus" [...].

[...].

Desse modo, cabe insistir na asserção de que o "habeas corpus", em sua condição de instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, configura poderoso meio de cessação do injusto constrangimento que afeta o direito de locomoção física das pessoas [...].

[..].

Delineado, assim, esse itinerário que o "habeas corpus" percorreu em nosso sistema de direito positivo, e consolidada, hoje, a função clássica



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que lhe é inerente - **não obstante** as vicissitudes impostas a esse importantíssimo remédio constitucional, tão temido por regimes autocráticos, **como o atesta** o art. 10 do AI nº 5/68 -, **causa-me preocupação** essa nova diretriz que vem de ser adotada pela colenda Quinta Turma do E. Superior Tribunal de Justiça **e que**, caso eventualmente prevaleça, **implicará** gravíssima restrição a um fundamental instrumento de proteção jurisdicional da liberdade em nosso País.

Torna-se fácil concluir, do que venho de expor, que o E. STJ **restringiu**, excessivamente, **o alcance** do remédio constitucional do “habeas corpus”, **impondo-lhe** condicionamentos que a jurisprudência desta Corte Suprema considera inadmissíveis." (grifos originais).

O julgamento do referido feito restou assim ementado:

"Criminal. Impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Admissibilidade. Peculiaridades do caso concreto. Concessão da ordem. **O eventual cabimento de recurso especial não constitui óbice à impetração de habeas corpus**, desde que o direito-fim se identifique direta e imediatamente com a liberdade de locomoção física do paciente. Habeas corpus concedido, para que o STJ aprecie o mérito do HC 176.122/MS." (HC 110.118, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Rel. p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, DJe de 07/08/2012 – grifei.)

Porém, não obstante o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – com o qual me alinho –, fiquei vencida ao conhecer de *habeas corpus* substitutivos de recursos ordinários, no julgamento, pela Quinta Turma desta Superior Tribunal, dos HHCC 266.835/SP e 274.618/SP, em 21/11/2013.

Por tal razão, passarei a decidir de acordo com o entendimento majoritário deste Colegiado para – frise-se, com ressalva do meu posicionamento pessoal –, não conhecer de *writ* substitutivo de recurso especial, até que tal orientação, venha, eventualmente, a ser modificada. Isso, contudo, sem prejuízo de deferir-se ordem de ofício, em caso de flagrante ilegalidade.

Pois bem.

No caso dos autos, o Paciente foi condenado, em primeira instância, à pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 13 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2.º, inciso II, do Código Penal.

O Juízo sentenciante fixou a seguinte dosimetria da pena, mantida *in totum* pela Corte *a quo*:

"[...]"

Na fixação da pena, atento ao que dispõe o art. 59 do Código Penal, devem as sanções base ser fixadas no mínimo de lei, pois primários os réus e sem condenações definitivas anteriores (Leonardo ostenta uma condenação por furto, não transitada em julgado), sendo as penas de quatro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos de reclusão e dez dias-multa. A pena mínima é ratificada pelas atenuantes da confissão para ambos os réus e da menoridade relativa para Anderson. Na terceira fase de fixação de pena, deve ela ser aumentada de um terço, em razão da majorante (concurso de pessoas), com reprimenda de cinco anos e quatro meses de reclusão e treze dias-multa no valor unitário mínimo legal para cada qual. Apenas para Anderson, a sanção é de ser aumentada de mais um sexto, em razão da continuidade delitiva, com pena final, para ele, de seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e quinze dias-multa no valor unitário mínimo legal. Ante o exposto e o que mais consta dos autos, Julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR, como CONDENO, os réus ANDERSON LUIZ LISBOA COQUEIRO e LEONARDO BALLONI MARTORELLI, qualificados nos autos, como incurso, Anderson no art. 157, § 2º, inciso II e art. 157, caput, na forma do artigo 71, do Código Penal, a cumprir as penas de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias multa no valor unitário mínimo legal, e Leonardo no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, a cumprir as penas de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias multa no valor unitário mínimo legal. ABSOLVO o réu Leonardo da imputação de haver incorrido, por segunda vez, no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. V, do Código de Processo Penal. Iniciarão os réus cumprimento de pena em regime fechado, em razão da gravidade dos delitos, desassossegadores da sociedade, mormente porque qualificados, não se coadunado com o roubo com causa especial de aumento de pena, em casos concretos como o presente (roubos de carros de valor bastante considerável, em sequência no caso de Anderson), regime outro que não o fechado. Não poderão recorrer em liberdade, mantidos os requisitos a que já se submetem os réus desde o flagrante" (fl. 15; grifos no original).

Como se vê, em que pese a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, a transcrição acima revela que o regime inicial fechado foi estabelecido por conta da **gravidade concreta do crime contra o patrimônio**.

E o fato da especial reprovabilidade do crime não ter sido utilizada 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/STJ. 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 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

3. Habeas corpus *não conhecido*". (HC 196.030/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 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 código. Como dito anteriormente, todavia, o caso destes autos é diverso, pois a gravidade concreta do crime não levou em consideração somente as precitadas majorantes, mas sim circunstâncias que deixaram de ser desvaloradas na primeira etapa da dosimetria por nítida benevolência do magistrado.

Ante o exposto, **NÃO CONHEÇO DA ORDEM** de *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0367230-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.413 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00538543620128260050 0501205385436 11022012 501205385436 538543620128260050

EM MESA

JULGADO: 04/02/2014

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: LEONARDO BALLONI MARTORELLI
CORRÉU	: ANDERSON LUIZ LISBOA COQUEIRO

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.