



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.197 - SP (2015/0160305-0)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : LISLEI FULANETTI E OUTRO
ADVOGADO : LISLEI FULANETTI E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JAIR CESPEDES CHAGAS

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. RÉU NÃO REINCIDENTE. INADEQUAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - De acordo com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, quando as circunstâncias judiciais do artigo 59, do referido diploma legal, forem desfavoráveis, é possível estabelecer regime prisional mais gravoso, ainda que o **quantum** da pena aplicada autorize o regime aberto. (**Precedentes**).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, não reincidente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis. (**Precedentes**).

V - **In casu**, a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos é inviável, considerando que as circunstâncias judiciais foram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desfavoráveis, caso em que incide o disposto no art. 44, III, do Código Penal

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, somente, para estabelecer o regime **semiaberto** para o início de cumprimento da pena prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.197 - SP (2015/0160305-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de JAIR CESPEDES CHAGAS, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 171, **caput**, do Código Penal, às penas de três (três) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, mais o pagamento de 30 dias-multa.

Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem. O apelo foi desprovido em acórdão cuja ementa transcrevo a seguir:

"ESTELIONATO - demonstração de terem sido as vítimas induzidas e mantidas em erro, por ação de cada um dos apelantes. Obtenção de indevida vantagem econômica.

Penas fundamentadas, art. 59, CP, individualizadas. Regime prisional e sua substituição com previsão legal.

NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS" (fl. 108).

Daí o presente **writ**, no qual sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal, haja vista que o **quantum** da pena autoriza o regime inicial aberto para cumprimento da reprimenda corporal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Liminar indeferida às fls. 117-119.

Informações prestadas às fls. 125-139.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 146-148, manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 329.197 - SP (2015/0160305-0)

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ESTELIONATO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. RÉU NÃO REINCIDENTE. INADEQUAÇÃO. REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - De acordo com o artigo 33, § 3º, do Código Penal, quando as circunstâncias judiciais do artigo 59, do referido diploma legal, forem desfavoráveis, é possível estabelecer regime prisional mais gravoso, ainda que o **quantum** da pena aplicada autorize o regime aberto. (**Precedentes**).

IV - Revela-se adequado na hipótese, consoante o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a imposição do regime inicial semiaberto ao paciente, não reincidente, condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos, mas que, não obstante, ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis. (**Precedentes**).

V - **In casu**, a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos é inviável, considerando que as circunstâncias judiciais foram desfavoráveis, caso em que incide o disposto no art. 44, III, do Código Penal

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício**, somente, para estabelecer o regime **semiaberto** para o início de cumprimento da pena prisional.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio**, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Maria**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Pretende o impetrante, em síntese, a fixação do regime aberto para o cumprimento da pena, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

In casu, vislumbro flagrante ilegalidade apta a ensejar a concessão da ordem de ofício.

De plano, verifico que o regime adequado ao caso, **a princípio**, considerando-se apenas o **quantum** de pena aplicado 3 (três) anos, poderia ser o aberto.

Para melhor delimitar a **questio**, transcrevo, o seguinte excerto da r. sentença condenatória, confirmada integralmente pelo v. acórdão recorrido:

"Passo então, à quantificação da pena.

I - Palmira de Paula Roldan e Jair Cépedes Chagas.

Atendendo às circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena base dos réus em questão acima do mínimo legal, em 03 (três) anos de reclusão, além de 30 (trinta) dias-multa, em razão das provas dos autos no sentido de que se dedicavam, habitualmente, às atividades criminosas, que constituíam fonte de renda e sustento de ambos.

[...]

Os acusados em tela não fazem jus a qualquer benefício legal, nem mesmo a substituição do artigo 44 do CO ou o benefício do artigo 77 do mesmo código, vez que não atendem aos requisitos subjetivos para tanto, nos termos da fundamentação da fixação da pena-base.

O regime inicial de cumprimento da pena não poderá ser outro que não o fechado, em razão da personalidade dos acusados, que viviam do cometimento de crimes. Qualquer outro regime imposto não seria compatível com o nível de distorção de suas personalidades" (fls. 86-87).

Do excerto acima transcrito, verifica-se que o Juiz sentenciante concluiu pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, razão porque elevou a pena-base do paciente em 2 (dois) anos, o que demonstra não ser desarrazoado ou desproporcional, levando-se em consideração o preceito secundário do tipo penal (1 a 5 anos).

Por outro lado, quanto ao regime prisional, verifica-se que o regime fechado foi fixado, apenas, com base na gravidade em abstrato do delito, o que contraria o disposto no enunciado da Súmula 718/STF *"a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada."*

De fato, considerando o **quantum** de pena aplicado (3 anos de reclusão) e a primariedade do paciente, por certo indicaria a fixação do regime aberto, contudo, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis demonstra a necessidade de um maior rigor na imposição do regime prisional. Assim, deve ser fixado o regime semiaberto para o início da expiação da reprimenda, nos termos do contido nos arts. 33, §§ 2º e 3º e o art. 59, ambos do Código Penal.

Ilustrativamente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA-BASE ACIMA DE MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Somente em situações excepcionais, o Superior Tribunal de Justiça procede ao reexame da individualização da sanção penal, notadamente quando é flagrante a ofensa aos critérios legais que regem a dosimetria da resposta penal ou a ausência de fundamentação.

3. ***Hipótese em que o Tribunal de origem entendeu que as circunstâncias e as conseqüências do crime justificam o aumento da pena-base, uma vez que foi empregada violência desnecessária contra a vítima, que já estava subjugada. Portanto, a reprimenda encontra-se fundamentada de modo correito, com base em elementos concretos.***

4. O art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

possibilidade de fixação de regime inicial mais gravoso desde que observadas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do mesmo Estatuto Penal. In casu, as instâncias ordinárias fundamentaram a fixação do regime mais gravoso considerando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, apontando referências concretas, tais como o uso de violência desproporcional e desnecessária contra vítima vulnerável".

*5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 278.588/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 19/6/2015 - grifei).*

Quanto à pretendida substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, parece insuficiente na hipótese, considerando-se que as circunstâncias judiciais foram desfavoráveis. **In casu**, portanto, incide o disposto no art. 44, III, do Código Penal, **in verbis**:

"Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando;

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (grifei).

Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. VÍTIMAS IDOSAS. OBTENÇÃO FRAUDULENTA DE DINHEIRO PARA ACELERAR TRÂMITES DE AÇÕES JUDICIAIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O ora agravante foi condenado por estelionato, em continuidade delitiva (art. 171, caput, c/c art. 71, ambos do Código Penal), com as agravantes dos arts. 61, II, "h" (vítima maior de 60 anos), e 62, I (agente que promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), do Código Penal. A pena total foi estabelecida em 3 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão, em regime inicial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

semiaberto.

2. O acórdão impugnado expressamente consignou que o ora agravante era verdadeiro organizador da atuação do grupo, iniciando pela cooptação de pessoas, determinando-lhes as tarefas e distribuindo os resultados do ilícito. Essa conclusão baseou-se na análise dos elementos colhidos durante a investigação e a instrução criminal e sua revisão, por esta Corte, implicaria nova e aprofundada incursão nos fatos e provas que convergiram para a aplicação da agravante, providência sabidamente inviável no âmbito do recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

3. O STJ tem afastado a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando não preenchidos os pressupostos exigidos pelo art. 44, III, do Código Penal. Ademais, a análise acerca dos requisitos subjetivos previstos no referido artigo implica descabida reapreciação de aspectos fático-probatórios, providência vedada pela Súmula 7/STJ.

4. ***Já decidiu esta Corte que a valoração negativa das circunstâncias judiciais, que justificaram a majoração da pena-base, também serve de fundamento para indeferir a substituição da sanção corporal.***

5. *Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 628.537/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 10/9/2015 - grifei).*

Ante o exposto não conheço do **habeas corpus**. Conduto **concedo a ordem de ofício**, apenas, para fixar o regime prisional **semiaberto** para o cumprimento da pena imposta.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0160305-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 329.197 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00050399820128260602 16912 1692012 50399820128260602 6020120120050395

EM MESA

JULGADO: 20/10/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: LISLEI FULANETTI E OUTRO
ADVOGADO	: LISLEI FULANETTI E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: JAIR CESPEDES CHAGAS
CORRÉU	: PALMIRA DE PAULA ROLDAM
CORRÉU	: SARA DE ALMEIDA SOARES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato

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 e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.