



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.202 - SP (2013/0365291-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : **ANTÔNIO FERNANDO TORTELLA**
ADVOGADO : **SÉRGIO LUÍS MINUSSI E OUTRO(S)**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PACIENTE : **ANTÔNIO FERNANDO TORTELLA (PRESO)**

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO DEMASIADO. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

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. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda.

IV - *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).*

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal, faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (**quantum** da pena e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem não conhecida. **Habeas Corpus** concedido de ofício para reduzir a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena ao mínimo legal (três anos de reclusão), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena.

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, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.

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

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.202 - SP (2013/0365291-3) RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso especial, impetrado em favor de ANTÔNIO FERNANDO TORTELLA, contra v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que o Paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 180, §§ 1º e 2º do CP, à pena de 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto.

O eg. Tribunal **a quo** manteve a condenação em grau de apelação.

Insurge-se o Impetrante contra a dosimetria da pena, argumento ter sido indevido o aumento imposto à pena-base. Além disso, aponta como adequado à espécie a fixação do regime aberto. Por fim, afirma que o paciente faria jus à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

O pedido liminar foi indeferido.

Informações prestadas pela autoridade coatora às fls.161/163 e 165/222.

A douta Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento da ordem em parecer assim ementado:

"EMENTA: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE, PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME MENOS GRAVOSO UMA VEZ QUE TRATA-SE DE RÉU PRIMÁRIO E A QUANTIDADE DE PENA NÃO EXCEDE A QUATRO ANOS. PEDIDO QUE NÃO FOI FEITO AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA QUE NÃO É SOCIALMENTE ADEQUADA. REITERAÇÃO DELITIVA. PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E, CASO ULTRAPASSADO O ÓBICE, PELA SUA DENEGAÇÃO"

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 281.202 - SP (2013/0365291-3)

EMENTA

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. PENA-BASE. AUMENTO DEMASIADO. SÚMULA 444/STJ. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE.

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. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **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 - A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387 do CPP c/c o art. 93, inciso IX, segunda parte da **Lex Maxima**). Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes da própria conduta tipificada não podem supedanear a elevação da reprimenda.

IV - *É vedada a utilização de inquéritos*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).

V - Redimensionada a pena para o mínimo legal, faz-se necessário readequar o regime prisional inicial para o aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Pelas mesmas razões (**quantum** da pena e existência de circunstâncias judiciais favoráveis) aliado ao fato do crime ter sido praticado sem violência ou grave ameaça, autoriza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ordem não conhecida. **Habeas Corpus** concedido de ofício para reduzir a pena ao mínimo legal (três anos de reclusão), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena.

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. Ministra **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. Ministra **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. Ministra **Maria 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

A dosimetria da pena foi assim realizada:

"-Pelo crime de receptação qualificada: 1ª fase - Ainda que tecnicamente primário, o acusado é detentor de péssimos antecedentes, com condenação pelo mesmo crime de receptação em primeira instância (fls. 392 e 393) . Destarte, bem sopesadas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo sua pena, acrescida de 1/4 (um quarto), em 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, com base em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente atualizado;

2ª fase - Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes;

3ª fase - Inexistem causas de aumento ou diminuição da pena.

[...]

Em relação aos acusados Antonio Fernando Tortella e Leandro Aparecido Zanetti Batista: Ausentes os permissivos legais, diante da pena impingida, bem como pela personalidade demonstrada pelos acusados, fazendo crer que a única reprimenda eficaz a demovê-los das freqüentes investidas sub-repticias é a privativa de liberdade, deixo de conceder a conversão em restritiva de direitos, conforme a alteração engendrada ao artigo 44 e seguintes do Código Penal pela Lei nº 9.714/98, e o benefício da suspensão condicional da pena. Por força do artigo 33 e artigo 33, § 3º, do Código Penal, iniciarão o cumprimento da pena corporal no regime SEMI-ABERTO".

O eg. Tribunal de origem a manteve.

Pois bem. O exame da dosimetria revela a inadequação da consideração de que o Paciente teria péssimos antecedentes, eis que, para tanto, considerou-se condenação proferida em primeira instância, ainda não transitada em julgado.

Desse modo, está caracterizada a vulneração à orientação pacífica firmada no âmbito desta Corte: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base" (Súmula 444/STJ).*

Portanto, a pena-base deve ser reconduzida ao mínimo legal, pois não indicadas outras circunstâncias desfavoráveis na decisão vergastada. Como não há, de igual modo, agravantes ou causa de aumento, torno-a definitiva em três anos de reclusão.

Dessarte, atento ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP, e levando em consideração o total da pena aplicada e a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fixo o regime inicial aberto para o cumprimento da pena.

Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. SÚMULA 440 DO STJ. REGIME PRISIONAL ABERTO. POSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Ao condenado a cumprir reprimenda de 4 (quatro) anos, primário e cuja pena-base foi fixada no piso legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais, é cabível o estabelecimento do regime inicial aberto, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, c/c o art. 59, ambos do Código Penal. Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça.

*2. Agravo regimental improvido" (AgRg no HC n. 294134/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Walter de Almeida Guilherme** - Desembargador convocado do TJ/SP, DJe de 24/10/2014).*

Por fim, insta consignar que o Paciente, assim como requerido, faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP, haja vista o montante da pena, o fato do crime não ter sido cometido mediante violência ou grave ameaça e a existência de circunstâncias judiciais favoráveis.

Ante o exposto, não conheço do **writ**. Todavia, concedo a ordem de ofício para reduzir a pena ao mínimo legal (três anos de reclusão), alterar o regime para o inicial aberto e possibilitar a substituição da pena, a ser realizada pelo MM. Juiz da Vara de Execuções.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0365291-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 281.202 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01436436520138260000 1332003 1436436520138260000 91798955020098260000

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: ANTONIO FERNANDO TORTELLA
ADVOGADO	: SÉRGIO LUÍS MINUSSI E OUTRO(S)
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: ANTONIO FERNANDO TORTELLA (PRESO)
CORRÉU	: LEANDRO APARECIDO ZANETTI BATISTA
CORRÉU	: WELLINGTON DE OLIVEIRA ANDRADE
CORRÉU	: JOSÉ LUIZ DONIZETTI DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

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, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC) e Walter de Almeida Guilherme (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com o Sr. Ministro Relator.