

# Superior Tribunal de Justiça

**HABEAS CORPUS Nº 517.857 - SP (2019/0183827-6)**

**RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS**  
**IMPETRANTE : GUILHERME MARTINS GERALDO**  
**ADVOGADO : GUILHERME MARTINS GERALDO - SP390225**  
**IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**PACIENTE : LUIS AUGUSTO BERTOLAZZI**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

## DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido liminar, impetrado em favor de **LUIS AUGUSTO BERTOLAZZI** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, por infração ao art. 180, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 187-197).

Da sentença, foi interposta apelação pelo réu, tendo a Corte local negado provimento ao recurso, nos moldes da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - RECEPÇÃO QUALIFICADA e RECEPÇÃO DOLOSA (artigos 180, 'caput' e 180, § 3º, do Código Penal) - Preliminar de inconstitucionalidade da receptação qualificada pelo exercício de atividade comercial - Não ocorrência - Conduta é efetivamente mais grave, merecendo apenamento mais severo, sendo patente que a conduta engloba tanto o dolo direto como o eventual - Mérito: Autorias e materialidades delitivas perfeitamente demonstradas - Negativas de autoria, além de confusas e contraditórias, não encontraram respaldo na prova colhida - Alegação de que desconheciam a origem criminosa de telefone celular foi infirmada pelas circunstâncias das aquisições e também pela total ausência de documentos comprobatórios de suas narrativas, daí se concluir que conheciam a ilicitude do objeto - Qualificadora da receptação bem reconhecida - Penas e regimes de cumprimento corretamente aplicados - Condenações mantidas - Recursos improvidos." (e-STJ, fl. 229)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 248-254).

Neste *writ*, o impetrante sustenta, em suma, que as instâncias ordinárias foram omissas quanto ao debate da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deixando de fundamentar de forma clara e idônea a negativa. Assevera que a reincidência, por si só, não veda a substituição da pena, de modo que a denegação da benesse deve ser fundamentada. Alega que a reincidência do paciente não é específica e crime anterior (roubo) fora cometido há quase dez anos, tendo a pena sido integralmente cumprida e estando próximo o período depurador.

Pugna pela concessão da ordem para que seja concedida a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Indeferido pedido liminar (e-STJ, fl. 257), a Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem (e-STJ, fls. 262-275).

**É o relatório.**

# Superior Tribunal de Justiça

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Com efeito, no que tange ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a Corte local assim consignou ao negar a concessão do benefício:

"Agora, quanto à impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, observa-se que o acórdão fundamentou a não concessão benefício pela recidiva. No entanto, se até mesmo a concessão do regime aberto não foi possível: 'não só por ser reincidente, mas também porque insuficiente regime menos gravoso (artigos 33, §§ 2º, 'c' e 3º e 59, ambos do CP)', muito menos recomendável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ainda mais quando a reincidência de seu por crime mais grave, tal como no caso em análise, em que o embargante praticou o crime de roubo circunstanciado.

Dito com outras palavras, se LUIZ AUGUSTO BERTOLAZZI fosse reincidente específico (crime de receptação) não faria jus à substituição; assim, com muito mais razão, se praticou crime mais grave." (e-STJ, fl. 253)

Nos termos do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso de crime doloso, exige que a pena aplicada não seja superior a 4 anos e que o delito não tenha sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, o agente deve possuir circunstâncias judiciais favoráveis e não pode ser reincidente em crime doloso, podendo este último requisito ser relevado se a reincidência não for específica e a medida seja socialmente recomendável.

No caso, o Tribunal de origem considerou não recomendável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, conquanto o paciente não seja reincidente específico. Conforme se observa, a Corte local destacou que a condenação anterior se deu por crime mais grave (roubo circunstanciado). Porém, a gravidade em abstrato do crime anterior não se revela fundamento idôneo para, por si só, afastar a concessão da benesse sob o argumento da medida não ser socialmente recomendável.

Outrossim, cabe ressaltar que, no caso, a condenação anterior do paciente foi em 5/2/2010, por fato ocorrido em 2009. E, a extinção da pena pelo seu cumprimento ocorreu em 10/3/2015, ou seja, a condenação anterior já foi quase atingida pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Assim, considerando-se essa peculiaridade e tendo em vista que a atual condenação se deu por crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, bem como tendo a pena sido fixada em 1 ano e 2 meses de reclusão e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, entendo cabível a concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Por fim, cumpre ressaltar que a Terceira Seção do STJ, aplacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turmas acerca da possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, pacificou o tema no âmbito desta Corte Superior, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (REsp 1.619.087/SC, Rel. p/acórdão Ministro JORGE MUSSI, julgado em

# Superior Tribunal de Justiça

14/06/2017, DJe 23/08/2017).

Tal entendimento foi ratificado na sessão da Terceira Seção realizada no dia 24/10/2018 (AgRg no HC 435.092, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA).

Portanto, a execução das penas restritivas de direitos a serem impostas ao paciente somente devem ter início após o trânsito em julgado da condenação.

Ante o exposto, **não conheço** do *writ*. Outrossim, **concedo a ordem**, de ofício, para conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, as quais serão estabelecidas pelo Juízo da execução e terão o início da execução somente após o trânsito em julgado da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 03 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS

Relator

