



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.010 - SC (2019/0060388-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANDERSON JULIO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. REGIME SEMIABERTO. ADEQUADO. SÚMULA 269-STJ. RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO DO ART. 44, CÓDIGO PENAL. **WRIT** NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - 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.^a Min.^a **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.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

III - **In casu**, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes de **materialidade** e da **autoria** delitiva do crime de receptação, descrito no art. 180, **caput**, do Código Penal. Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, **é incompatível com a estreita via do habeas corpus**.

IV - Mostra-se **correto o v. acórdão impugnado** ao manter o regime inicial **semiaberto**, tendo em vista que se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que "*Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*" (HC n. 382.601/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 7/4/2017, *destaquei*), como se deu no presente caso, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que a paciente teve **valoração positiva das circunstâncias judiciais**, mas teve contra si reconhecida a **circunstância agravante da reincidência**.

V - **A presença da reincidência** não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

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.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de março de 2019 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.010 - SC (2019/0060388-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANDERSON JULIO DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de ANDERSON JULIO DE OLIVEIRA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da apelação criminal n. 0041153-76.2015.8.24.0023.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 180, **caput**, do Código Penal (fls. 140-147).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. NULIDADE NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. RÉU QUE, SABENDO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM (MOTOCICLETA CG 150 TITAN), É FLAGRADO POR POLICIAIS MILITARES TRANSPORTANDO O VEÍCULO EM DIREÇÃO AO MORRO DA MARIQUINHA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PROVA TESTEMUNHAL FIRME E COERENTE. ADEMAIS, ÁLIBI NÃO COMPROVADO (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). SENTENÇA MANTIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. NÃO CABIMENTO. REINCIDÊNCIA DO RÉU QUE OBSTA A FIXAÇÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DE REGIME MAIS BRANDO. SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DEVIDAMENTE APLICADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE E DETENTOR DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. PROVIDÊNCIA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A aplicação do § 3º do art. 44 do Código Penal não se mostra recomendável na espécie, mormente porque o apelante possui outras condenações e, embora apenas uma delas tenha servido para agravar a reprimenda na segunda etapa, tem-se que a não concessão da presente benesse servirá no combate à prática de eventuais delitos por parte do acusado" (fls. 231-232).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na condenação do paciente pelo crime de receptação, bem com na fixação do regime mais gravoso e negativa de substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para suspender os efeitos da condenação em relação aos excessos de pena, com efeito na reprimenda, até o julgamento final deste **writ**. No mérito, pleiteia "[...] absolver o Paciente, em virtude da condenação pelo crime de receptação baseada em ilegal inversão do ônus da prova; (d.2) fixar o regime aberto ao Paciente, com fulcro na súmula 269, do STJ; e (d.3) substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que foram preenchidos os requisitos do art. 44, §3º, do Código Penal. Subsidiariamente, caso não seja conhecido o pedido de habeas corpus, que então seja a ordem concedida de ofício, diante da manifesta ilegalidade (CRFB/88, art. 5º, LXVIII; CPP, art. 654, §2.º)" (fl. 13).

O pedido liminar foi **indeferido** às fls. 252-255.

Informações prestadas às fls. 261-262.

O Ministério Público Federal, às fls. 295-300, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ** e pela denegação da ordem, em parecer assim ementado:

"PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. DESCABIMENTO. RECEPTAÇÃO. RÉU CONDENADO A 1 ANO E 2 MESES DE RECLUSÃO SOB REGIME INICIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE DO REGIME ABERTO. REINCIDÊNCIA. ART. 33, §2º, ALÍNEA C, DO CP, QUE EXIGE PRIMARIEDADE E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS, ARTIGO 44, INCISO II, DO CP. PRECEDENTES DO STJ. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO, OU, SUCESSIVAMENTE, PELA DENEGAÇÃO DO WRIT" (fl. 295).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 496.010 - SC (2019/0060388-2)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANDERSON JULIO DE OLIVEIRA

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO
CABIMENTO. CRIME DE RECEPÇÃO.
ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO.
PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A
ESTREITA VIA DO **MANDAMUS**. REGIME
SEMIABERTO. ADEQUADO. SÚMULA 269-STJ.
RÉU REINCIDENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA
CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS.
DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO
DO ART. 44, CÓDIGO PENAL. **WRIT** NÃO
CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - 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.^a. Min.^a. **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.^a. Min.^a. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

III - **In casu**, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes de **materialidade** e da **autoria** delitiva do crime de receptação, descrito



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no art. 180, **caput**, do Código Penal. Rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, **é incompatível com a estreita via do habeas corpus**.

IV - Mostra-se **correto o v. acórdão impugnado** ao manter o regime inicial **semiaberto**, tendo em vista que se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que *"Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"* (HC n. 382.601/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, Dje de 7/4/2017, destaquei), como se deu no presente caso, em que a paciente teve **valoração positiva das circunstâncias judiciais**, mas teve contra si reconhecida a **circunstância agravante da reincidência**.

V - **A presença da reincidência** não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **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.^a. Min.^a. **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 especial, 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**.

Como relatado, busca-se na presente impetração a absolvição do paciente do crime de receptação, descrito no art. 180, **caput**, do Código Penal, bem como a fixação do regime aberto e substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

Quanto ao pleito absolutório, sob o argumento de que houve inversão do ônus da prova, as instâncias ordinárias entenderam estarem presentes provas suficientes de **materialidade** e da **autoria** delitiva do crime de receptação, descrito no art. 180, **caput**, do Código Penal. Destacam-se os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, **in verbis**:

"2. Absolvição.

O apelante postula a reforma do decreto condenatório a fim de ser absolvido, argumentando insuficiência de provas. Sustenta, ainda, desconhecimento sobre a origem ilícita do bem.

A insurgência não merece provimento.

Dispõe o art. 180, caput, do Código Penal, in verbis:

Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Como se sabe, o tipo penal em estudo pode ser dividido em receptação própria - quando aplicada conduta ativa direta pelo agente (adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, coisa que sabe ser produto de crime) - e imprópria - quando o agente influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.

O elemento subjetivo do tipo penal é o dolo e consiste na vontade livre e consciente de praticar os verbos descritos no tipo penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

Pois bem.

A temática em discussão, é de se dizer, restou devidamente analisada pelo magistrado singular, Dr. Fernando Vieira Luiz e, a fim de evitar indesejada tautologia, transcreve-se sua fundamentação, que se adota como razões de decidir:

[...]

Como se vê, as provas não deixam dúvidas sobre a conduta desempenhada pelo acusado, que receitou a motocicleta e pretendia entregá-la a um terceiro na comunidade do Morro da Mariquinha, oportunidade em que foi detido por policiais militares.

A propósito, a tese arguida pela defesa de que o apelante desconhecia a ilicitude do bem, não prospera. Isso porque, embora o réu tenha alegado que estaria cuidando do veículo para um terceiro, não logrou êxito em comprovar tal álibi.

Sabe-se que, 'a comprovação de álibi para fulcrar a tese de negativa de autoria é ônus da defesa, nos moldes do art. 156 do CPP, de modo que, se esta não fundamenta sua assertiva por meio de quaisquer elementos, limitando-se a meras alegações, faz derruir a versão apresentada' (Apelação Criminal n. 2008.059411-6, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 06-12-2011) (Apelação n. 0001051-41.2005.8.24.0062, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 26-07-2016).

[...]

Cumpre esclarecer que, "a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF" (RHC 116.166, Rel. Min. Gilmar Mendes), sobretudo porque expostos os elementos de convicção utilizados para respaldar o raciocínio lógico aqui explanado (A esse respeito: STF. HC 112.207/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 25-09-2012; HC 92.020/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 08-11-2010; HC 93.574/PB, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 01-08-2013 e do STJ HC 388.243/RS, rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 15-05-2018).

Logo, havendo provas suficientes de que o apelante praticou o delito tipificado no art. 180, caput, do Código Penal, afasta-se a tese absolutória.

3. Regime inicial de cumprimento de pena.

Almeja o apelante a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

Novamente, sem razão.

Embora a pena aplicada seja inferior a quatro anos, o acusado é reincidente em crime doloso (autos n. 0014713-77.2014.8.24.0023, fl. 40), portanto, correta a providência adotada pelo magistrado singular que fixou o regime semiaberto, nos termos da Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça:

'É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.' Nesse sentido, vide: Apelação Criminal n. 0022646-54.2011.8.24.0008, rel^a. Des^a. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06-12-2018; *Apelação Criminal* n. 0001717-71.2015.8.24.0036, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 24-10-2018.

Dessa forma, inviável a fixação de regime mais brando ao acusado.

4. Substituição da reprimenda corporal.

A defesa pugna a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e argumenta que esta é possível porque o acusado apesar de reincidente, foi condenado por crime de outra espécie, conforme dispõe o art. 44, § 3º do Código Penal.

Todavia, sorte não lhe assiste.

Apesar dos argumentos lançados, a aplicação do § 3º do art. 44 do Código Penal não se mostra recomendável na espécie, mormente porque o apelante possui outras condenações e, embora apenas uma delas tenha servido para agravar a reprimenda na segunda etapa, tem-se que a não concessão da presente benesse servirá no combate à prática de eventuais delitos por parte do acusado.

[...]

Diante dessas premissas, mantém-se incólume a sentença condenatória" (fls. 237-244).

Ademais, rever este entendimento para absolver o paciente demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, **é incompatível com a estreita via do habeas corpus**. Nesse sentido os seguintes precedentes desta Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO. NECESSIDADE DE GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. NEGATIVA DE AUTORIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

2. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

3. No caso dos autos, o paciente encontra-se foragido desde a data dos fatos - maio de 2006 -, o que autoriza sua prisão preventiva, como forma de assegurar a futura aplicação da lei penal.

4. É incabível, na estreita via do habeas corpus, a análise de questões relacionadas à negativa de autoria, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 352.113/PB,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quinta Turma, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 21/6/2016).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FRAGILIDADE DAS PROVAS. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE PELA ESTREITA VIA DO WRIT.

1. Existindo nos autos suporte probatório apto a amparar a decisão dos jurados pela condenação do recorrente, não há que falar em decisão manifestamente contrária a prova dos autos.

2. A análise do pleito de absolvição por insuficiência de prova demanda o revolvimento da matéria fático-probatória, inadmissível pela via do writ.

3. Recurso em habeas corpus improvido" (RHC n. 42.526/MG, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 7/3/2016).

Em relação ao regime prisional, vale esclarecer que os requisitos para a imposição do regime **aberto** constam no art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, quais sejam, a **ausência de reincidência**, condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

In casu, como bem destacou o v. acórdão impugnado, ainda que a pena tenha permanecido em patamar abaixo de 4 (quatro) anos, o paciente é **reincidente em crime doloso**, impossibilitando, portanto, a subsunção dos fatos ao disposto pelo artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

Ademais, mostra-se **correto o v. acórdão impugnado** ao manter o regime inicial **semiaberto**, tendo em vista que se encontra em consonância com o entendimento estabelecido nesta Corte Superior de Justiça, no sentido de que *"Consoante a Súmula n. 269 desta Corte, é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais"* (HC n. 382.601/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 7/4/2017, destaquei), como se deu no presente caso, em que a paciente teve **valoração positiva das circunstâncias judiciais**, mas teve contra si reconhecida a **circunstância agravante da reincidência**.

Nesse sentido, e em reforço:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. **RECEPTAÇÃO. RÉU REINCIDENTE NA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO. ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS MOTIVADO. CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. SÚMULAS/STJ 269 E 440. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]**

5. De acordo com a Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

6. O Tribunal de origem considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal. **Assim, estabelecida a reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, o paciente faz jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "c", e § 3º, do Código Penal.**

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de estabelecer o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena, se, por outro motivo, o paciente não estiver descontando a reprimenda em meio mais gravoso." (HC n. 337.869/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 10/5/2016, destaquei).

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. **RECEPTAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA ANTES DO EXAURIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. SÚMULA N. 269/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

4. **As circunstâncias judiciais foram favoráveis e a pena não ultrapassou 4 anos de reclusão. Tais elementos, aliados à reincidência do paciente, atraem a incidência do Enunciado n. 269 da Súmula desta Corte.**

Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a execução provisória da pena até o exaurimento das instâncias ordinárias; compensar integralmente a atenuante da confissão com a agravante da reincidência e fixar o regime **semiaberto**" (HC n. 429.461/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 9/3/2018, destaquei).

Nesse compasso, cabe destacar também o art. 44, do Código Penal, que trata



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, **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 4 (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).

Constata-se do dispositivo supra mencionado que, para se conceder a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, faz-se necessário que o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos, **o que não se verifica na hipótese dos autos.**

De fato, **a presença da reincidência** não autoriza a substituição de pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos, em virtude do não preenchimento do requisito previsto no art. 44, inciso II, do Código Penal.

Nesse sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE CONCLUIR PELA DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. 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.

2. Os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006).

3. Hipótese em que a ausência de emprego lícito e de considerações genéricas acerca da gravidade abstrata do delito não são dados idôneos para se inferir a habitualidade delitiva do paciente, sobretudo quando certificada a sua primariedade e os seus bons antecedentes, razão pela qual cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo.

4. Aplicada a sanção corporal em patamar inferior a 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, diante da aferição negativa das circunstâncias judiciais (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP).

5. É incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela falta do atendimento do pressuposto subjetivo (art. 44, III, do CP).

*6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 na fração de 2/3, ficando a pena final em 1 ano e 8 meses de reclusão, mais pagamento de 167 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto" (HC n. 440.706/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 03/09/2018, grifei).*

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0060388-2

HC 496.010 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00411537620158240023 411537620158240023

EM MESA

JULGADO: 26/03/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA SANSEVERINO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: ANDERSON JULIO DE OLIVEIRA

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."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.