



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.590 - SC (2016/0108431-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO DA LUZ ARAUJO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. SUPOSTA CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. SÚMULA/STJ 444. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. RÉU REINCENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes.

3. Se as instâncias ordinárias, com esteio nos elementos de prova amealhados no curso na instrução penal, concluíram pela materialidade e autoria delitivas, a pretensão de absolvição do réu ou de desclassificação da conduta para sua forma culposa demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*. Precedentes.

4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção da inocência. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

6. Ainda que se tratasse de título condenatório transitado em julgado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, alterou o seu posicionamento sobre o tema, tendo decidido que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social.

7. Em que pese tenha sido definida reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, bem como o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, tratando-se de réu reincidente, não há se falar em fixação do regime prisional



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP. Precedentes.

8. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para afastar a valoração negativa da conduta social na primeira fase da dosimetria, e determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova individualização 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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.590 - SC (2016/0108431-8)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO DA LUZ ARAUJO

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **FABIANO DA LUZ ARAÚJO**, em que se aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, por infração ao art. 180, *caput*, do Código Penal (e-STJ, fls. 99-106).

Inconformado, o réu interpôs apelação perante a Corte de origem, que restou desprovida, mantendo-se integralmente o decreto condenatório, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO DELITO E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES UNÍSSONOS, COERENTES E EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS. APREENSÃO DE MOTOCICLETA FURTADA NA POSSE DO RÉU. ALEGAÇÃO DE QUE DESCONHECIA A ORIGEM ILÍCITA DO VEÍCULO. DOLO DEVIDAMENTE COMPROVADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL PARA A POSSE DA RES FURTIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, EM ESPECIAL O VALOR PAGO PELO BEM, QUE PERMITEM CONCLUIR QUE O RECORRENTE SABIA OU DEVIA SABER DA ORIGEM ESPÚRIA DA MOTOCICLETA, O QUE AFASTA A POSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A MODALIDADE CULPOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PLEITO DE REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. RÉU QUE REGISTRA 'CONDUTA SOCIAL' NEGATIVA, DEVIDO À CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO APÓS O PRESENTE FATO, JUSTIFICANDO A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. ALMEJADA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA E RÉU REINCIDENTE. MANUTENÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. RECURSO DESPROVIDO" (e-STJ, fl. 160).

Neste *writ*, a impetrante alega, em síntese, que: a) "a Magistrada de piso e o TJSC invocaram a 'inversão do ônus da prova' para justificar a condenação do Paciente. Tal entendimento é justamente o contrário daquilo que preconiza o referido dispositivo do CP eis que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cabia à acusação realizar a prova de que o paciente incidiu no tipo penal do art.180"; b) não há "prova que corrobore que o paciente tinha conhecimento da origem ilícita do bem do suposto crime de receptação"; c) "o acórdão, ao exasperar a pena-base pela valoração negativa da conduta social baseada em condenação transitada em julgado por fatos posteriores ao sub judice violou o art. 59 do Código Penal"; d) "com o afastamento da conduta social, a pena deverá ser reduzida e, como consequência, há de se determinar a alteração do regime de pena para o regime semiaberto"; e) "embora o Paciente seja reincidente, em homenagem à proporcionalidade que deve vigor também na fase judicial da aplicação da pena" (e-STJ, fls. 1-11).

Requer, ao final, a concessão da ordem, para que o paciente seja absolvido do crime de receptação. Subsidiariamente, busca que a conduta seja desclassificada para receptação culposa e que a dosimetria da pena seja revista, afastando-se a exasperação indevida da pena-base em virtude da valoração negativa da conduta social e, por consequência, seja fixado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena (e-STJ, fls. 10-11).

Pleito de liminar indeferido (e-STJ, fls. 201-202).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e pela concessão da ordem, de ofício (e-STJ, fls. 217-224).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 354.590 - SC (2016/0108431-8)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO DA LUZ ARAUJO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO DOLOSA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA. IMPROPRIEDADE NA VIA ELEITA. SUPOSTA CARÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL. SÚMULA/STJ 444. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. RÉU REINCIDENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO. *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO 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. A conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. Precedentes.

3. Se as instâncias ordinárias, com esteio nos elementos de prova amealhados no curso na instrução penal, concluíram pela materialidade e autoria delitivas, a pretensão de absolvição do réu ou de desclassificação da conduta para sua forma culposa demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*. Precedentes.

4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção da inocência. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

6. Ainda que se tratasse de título condenatório transitado em julgado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, alterou o seu posicionamento sobre o tema, tendo decidido que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social.

7. Em que pese tenha sido definida reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, bem como o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, tratando-se de réu reincidente, não há se falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes.

8. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para afastar a valoração negativa da conduta social na primeira fase da dosimetria, e determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova individualização da pena.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Para permitir a análise dos fundamentos declinados no bojo da impetração, faz-se necessário expor excertos da sentença condenatória:

"[...] Trata-se de Ação Penal Pública Incondicionada formulada pelo Ministério Público em desfavor de FABIANO DA LUZ ARAÚJO, pelo cometimento, em tese, do delito previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal, o qual consiste em:

'Art. 180. adquirir, em proveito próprio ou alheio, coisa que saber terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte, Pena - reclusão, de receber, transportar, conduzir ou ocultar, ser produto de crime, ou influir para que 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.'

No que toca a materialidade delitiva, a mesma resta evidente por meio do auto de prisão em flagrante de fls. 02/06, boletins de ocorrência de fls. 07 e 17, termo de exibição e apreensão de fls. 08, e termo de avaliação de fls. 99.

A autoria também emerge indiscutível do processado, mormente em vista da apreensão da res em poder do acusado, sem justificativa plausível para posse, aliada à prova testemunhal coligida.

[...]

Como se observa, o próprio acusado confirmou a posse da motocicleta, relatando que a comprou em razão de se tratar de uma moto "esquecidinha", isto é, financiada por terceiro, que não honrou com as prestações do financiamento daquela.

Ora, a despeito da provável aptidão da conduta evocada para configurar o crime de receptação, porquanto precedida de um conhecido crime de estelionato (veículos 'esquecidinhos'), o fato é que a compra da motocicleta nos moldes sustentados não foi provada pelo acusado, encargo que lhe competia, tornando vazia a motivação apresentada.

Ademais, não sobeja lembrar que o acusado não é nenhum neófito no meio criminoso, tendo sido condenado por duas vezes pelo crime tráfico de drogas (fls. 73/76), o que revela não lhe ser a ingenuidade peculiar.

Nesse passo, diante da peculiaridade do 'negócio' e do preço pago pela motocicleta, realmente causa estranheza não tenha o acusado consultado eventual registro de furto/roubo sobre o veículo dito adquirido, o que não deixa dúvidas de que sabia da origem espúria do mesmo.

Com efeito, não provada a versão apresentada, forçoso considerar como injustificada a posse, lembrando que a hipótese é de inversão do ônus da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prova.

[...]

Evidente, nesse compasso, que o acusado praticou o crime de receptação dolosa previsto no artigo 180, *caput*, do Código Penal, vez que o mesmo, em ato volitivo e consciente, adquiriu/conduzia uma motocicleta sabia ser proveniente de crime, pelo que se afigura de rigor sua condenação, sobretudo quando não existem causas que excluam a antijuridicidade de sua ação ou a culpabilidade.

Passo a fixar as reprimendas.

Dosimetria da Pena

Na primeira fase, a que alude o art. 59 do Código Penal, também chamada de fase das circunstâncias judiciais, tem-se que:

A culpabilidade não é acentuada, dispensando, por isso, maior censura.

Registra antecedentes criminais, mas a reincidência (autos 020.08.019221-1) será apreciada na segunda etapa, evitando-se *bis in idem*.

No tocante à conduta social do agente, apresenta traços dissonantes, pois foi condenado definitivamente por crime de tráfico, cometido posteriormente ao delito que ora se apura (autos 020.12.003229-5).

Com relação a personalidade do agente, nada há nos autos que autorize concluir ter o agente uma boa ou má índole, agressividade excessiva, antagonismo com a ordem social intrínseco ao seu temperamento" (e-STJ, fls. 100-104).

Com efeito, a conclusão das instâncias ordinárias está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, destaque-se a doutrina:

"DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL: com base na primeira parte do art. 156 do CPP, cuja redação não foi alterada pela Lei 11.690/08, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Diante dessa regra, discute-se qual pé o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. Acerca de tal questionamento, é possível apontarmos a existência de duas correntes: uma primeira (**majoritária**), **que trabalha com uma efetiva distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa no processo penal**, e a segunda, que aponta que, no processo penal, o ônus da prova é exclusivo da acusação."

(Renato Brasileiro de Lima in Código de Processo Penal Comentado, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 511)

Ainda, a fim de corroborar tal conclusão, os seguintes precedentes desta Corte:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPTAÇÃO. ART. 180, CAPUT, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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 recomendável a concessão da ordem de ofício.

II - Não se constata nulidade do v. acórdão, ao argumento de ausência de fundamentação, uma vez que o eg. Tribunal a quo se manifestou acerca de todos os pontos necessários ao reconhecimento da materialidade, autoria e nexos causal, com amparo nas provas produzidas nos autos, concluindo pela condenação do acusado.

III - **Não há que se falar em indevida inversão do ônus da prova, considerando que esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que, tratando-se de crime de receptação, em que o acusado foi flagrado na posse do bem, a ele competiria demonstrar que desconhecia a sua origem ilícita, o que, no caso, não ocorreu (precedentes)**

IV - Impossibilidade de análise da tese acerca do alegado excesso de prazo, uma vez que, não tendo o eg. Tribunal a quo se manifestado acerca do tema, o exame da questão por esta Corte Superior de Justiça implicaria indevida supressão de instância.

V - A via do *writ* somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, 'o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de *habeas corpus*, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita' (HC n. 39.030/SP, QUINTA TURMA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU de 11/4/2005).

VI - 'A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido' (RHC n. 130.132/MS, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação."

(HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017, grifou-se)

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO.

1. Tratando-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. Não há falar em nulidade absoluta em razão de alegada ofensa ao disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, eis que, diante da apreensão da res furtiva em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem.

3. O *mandamus* se presta a sanar ilegalidade ou abuso de poder que resulte em coação ou ameaça à liberdade de locomoção. Não cabe nesta via estreita o revolvimento fático-probatório a ensejar a desclassificação do crime em apreço para receptação culposa.

4. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal em razão da valoração negativa da conduta social do paciente. Todavia, a exasperação cifrada em feitos criminais em curso esbarra no princípio da desconsideração prévia de culpabilidade, entendimento, aliás, constante do Enunciado Sumular n. 444 desta Casa de Justiça. De rigor, o decote no incremento sancionatório.

5. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, é adequado o estabelecimento do regime inicial mais brando, tendo em vista que a pena definitiva é inferior a 4 anos, as circunstâncias judiciais são favoráveis, bem como pelo fato de o paciente não ser reincidente.

6. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 1 (um) ano de reclusão, mais 10 (dez) dias-multa, estabelecido o regime inicial aberto." (HC 348.374/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 16/03/2016, grifou-se).

"PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE RECEPÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DEMONSTRADAS. CONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. DIVISÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

3. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. A Primeira Turma do STF e as Turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Verificando-se que a condenação se fundamentou em fatos e provas carreados aos autos, que revelaram que o paciente conhecia a procedência ilícita da bicicleta, argumentar que a defesa não se desincumbiu de demonstrar o contrário não revela inversão do ônus da prova, mas a correta divisão do ônus no processo penal.

3. *Habeas corpus* não conhecido."

(HC 345.778/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/03/2016, grifou-se)

De mais a mais, se as instâncias ordinárias, com esteio nos elementos de prova amealhados no curso na instrução penal, concluíram pela materialidade e autoria delitivas, a pretensão de absolvição do réu ou de desclassificação da conduta para sua forma culposa demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com via do *writ*.

A fim de confirmar tal entendimento, trago à colação os seguintes precedentes:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. VENDA DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO. LITISPENDÊNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DOLOSO PARA O CULPOSO. MATÉRIAS FÁTICO-PROBATÓRIAS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PEDIDO DE NOVA PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, DO CP (AI NO HC N. 239.363/PR).

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. Ministro MARCO AURÉLIO, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Ministro 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. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, SEXTA TURMA, Rel. Ministro 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).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 - **In casu, a verificação da litispendência entre as outras ações penais, o pedido de absolvição e pleito de desclassificação do delito doloso para o culposo exigiriam, necessariamente, o cotejo minucioso de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de *habeas corpus*. (Precedentes).**

IV - Não constitui constrangimento ilegal o indeferimento do pedido de realização de nova perícia se o magistrado, analisando as perícias já realizadas e os outros elementos de prova constantes nos autos, o faz de maneira fundamentada. (Precedentes).

V - No presente caso, o paciente fabricava e comercializava os produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais denominados 'VIGRAN' e 'GINKGO BILOBA' sem registro na ANVISA. Não há, nos autos, elementos colhidos para se chegar a conclusão pretendida pelo ora impetrante, no sentido de que a conduta do paciente não se subsume ao tipo penal previsto no inciso I do § 1º-B do art. 273 do Código Penal.

VI - A jurisprudência desta Corte pacificou entendimento no sentido de que, em atendimento aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, ao delito previsto no art. 273 do Código Penal deve ser aplicado o preceito secundário do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (AI no HC n. 239.363/PR).

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar o retorno dos autos ao eg. Tribunal de origem para que faça uma nova dosimetria da pena, nos moldes do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade formulada no HC n. 239.363/PR."

(HC 310.705/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 26/02/2016, grifou-se)

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. EVENTUAIS VÍCIOS DO INQUÉRITO NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. INTERROGATÓRIO NA FASE INQUISITÓRIA SEM A PRESENÇA DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PROCEDIMENTO DESPROVIDO DE CONTRADITÓRIO E DE AMPLA DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO CULPOSO. EXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA.

1. Eventuais irregularidades ocorridas na fase inquisitorial não contaminam o desenvolvimento da ação penal, tendo em vista ser o Inquérito Policial peça meramente informativa e não probatória.

Precedentes desta Corte.

2. A realização do interrogatório, na fase do Inquérito Policial, sem a presença de seu defensor, não enseja qualquer nulidade, tendo em vista tratar-se de procedimento inquisitivo, no qual não se fazem presentes os princípios do contraditório e da ampla defesa.

3. **Afigura-se inviável a apreciação do pedido de desclassificação do delito, de peculato doloso para o culposo, diante da necessidade do minucioso exame do material cognitivo carreado aos autos, o que é**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

vedado na angusta via do habeas corpus.

4. Recurso desprovido." (RHC 16.047/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 12/06/2006, grifou-se)

Ademais, no tocante à dosimetria, melhor sorte socorre ao paciente.

A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Em verdade, é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processos penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: "É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base."

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.

3. Este Superior Tribunal de Justiça, em consonância com o Supremo Tribunal Federal, tem reiteradamente decidido pela impossibilidade da utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para configurar maus antecedentes no momento da fixação da pena-base, em respeito ao princípio da não culpabilidade. Incidência do enunciado n. 444 da Súmula desta Corte.

4. Esta Corte de Justiça já se posicionou no sentido de que a personalidade do criminoso não pode ser valorada negativamente se não existirem, nos autos, elementos suficientes para sua efetiva e segura aferição pelo julgador. Precedentes.

5. A sentença não fez nenhuma menção a fato concreto que embasasse as conclusões desfavoráveis acerca das circunstâncias e consequências do delito.

6. Ordem concedida para, mantida a condenação do Paciente, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão impugnados, tão somente na parte relativa à dosimetria da pena, fixando a pena-base no mínimo legal."

(HC n. 126.137/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, DJe 21/3/2011)

Mais: ainda que se tratasse de título condenatório transitado em julgado, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, alterou o seu posicionamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobre o tema, tendo decidido que a existência de condenação definitiva não constitui fundamento idôneo para a valoração negativa da personalidade do réu e de sua conduta social. Vejamos o julgado que respalda esse entendimento:

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. RECEPÇÃO. ART. 180, *CAPUT*, DO CP. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE FLAGRADO NA POSSE DO BEM DE ORIGEM ILÍCITA. ÔNUS DA PROVA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. CONDENAÇÕES DEFINITIVAS. EXASPERAÇÃO TANTO A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES QUANTO DE CONDUTA SOCIAL E DE PERSONALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. *BIS IN IDEM*. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

VI - 'A circunstância judicial conduta social, prevista no art. 59 do Código Penal, compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. Vale dizer, os antecedentes sociais do réu não se confundem com os seus antecedentes criminais. São vetores diversos, com regramentos próprios. Doutrina e jurisprudência. 2. Assim, revela-se inidônea a invocação de condenações anteriores transitadas em julgado para considerar a conduta social desfavorável, sobretudo se verificado que as ocorrências criminais foram utilizadas para exasperar a sanção em outros momentos da dosimetria. 3. Recurso ordinário em *habeas corpus* provido' (RHC n. 130.132/MS, SEGUNDA TURMA, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, julgado em 10/5/2016, grifei).

VII - A existência de condenação definitiva também não é fundamento idôneo para desabonar a personalidade do paciente, sob pena de *bis in idem*. Ademais, não é possível que o magistrado extraia nenhum dado conclusivo, com base em tais elementos, sobre a personalidade do agente. Assim, não havendo dados suficientes para a aferição da personalidade, mostra-se incorreta a sua valoração negativa, a fim de supedanear o aumento da pena-base (precedentes).

Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício apenas para afastar a valoração negativa da conduta social e da personalidade, reduzindo-se a pena imposta para 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação." (HC 366.639/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017).

Todavia, *in casu*, o decreto condenatório, ao proceder à compensação parcial entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, tão somente reconheceu que a pena deveria ser exasperada de 1 (um) mês, sem ter sido declinado o fundamento dosimétrico adotado, o que impede a pronta readequação da pena, devendo ser determinado que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria da pena.

No tocante ao meio prisional de desconto da pena, em que pese tenha sido definida reprimenda inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, bem como o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, tratando-se de réu reincidente, não há falar em fixação do regime prisional aberto, por não restarem preenchidos os requisitos do art. 33, § 2º, "c", do CP.

A fim de corroborar tal conclusão, trago à baila os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. TENTATIVA. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AUMENTO ACIMA DA FRAÇÃO DE 1/6 NA SEGUNDA FASE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* 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 - Na hipótese, não há que se falar em ausência de fundamentação idônea para a majoração da pena em fração maior do que 1/6 (um sexto) pela reincidência, pois, consoante a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso, referido patamar foi fixado com base na reincidência específica do agente, circunstância concreta a revelar adequada fundamentação para a referida majoração da pena na segunda fase.

III - Ademais, mostra-se incabível a fixação do regime aberto, como pretende o impetrante, uma vez que o paciente não preenche o requisito previsto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Assim, estabelecido o regime semiaberto, o regime aplicado se coaduna com o disposto na Súmula n. 269/STJ, segundo a qual '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'.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 306.039/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 05/08/2016, grifou-se)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. CABIMENTO. CONFISSÃO UTILIZADA COMO ELEMENTO PARA A CONDENAÇÃO. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PACIENTE REINCENTE, COM PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E CONDENADO A PENA NÃO SUPERIOR A 4 ANOS. SÚMULA 269/STJ. REGIME SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

- O Supremo Tribunal Federal, por sua primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- Nos casos em que a confissão do acusado servir como um dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos para a condenação, deve ser aplicada a atenuante em questão, pouco importando se a confissão foi espontânea ou não, se foi total ou parcial (AgRg no REsp 1412043, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/3/2015, DJe 19/3/2015).

- Pela leitura da sentença, confirmada pelo Tribunal de origem, constata-se que a confissão foi utilizada expressamente como elemento probatório para a condenação do paciente. Além disso, o fato de a confissão, ter sido parcial não afasta a atenuante em questão, motivo pelo qual configurado está o constrangimento ilegal.

- Com o reconhecimento da atenuante da confissão, de rigor sua compensação com a agravante da reincidência, nos termos do decidido no julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS, ocorrido em 23/5/2012 (DJe 4/9/2012), segundo o qual é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

- Não obstante as circunstâncias judiciais sejam favoráveis ao paciente, que foi condenado a pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a reincidência em crime doloso constitui fundamento suficiente para o estabelecimento do regime inicial semiaberto e negativa de substituição, na esteira do disposto nos arts. 33, § 2º, alínea b, e 44, inciso II, ambos do Código Penal, e no enunciado da Súmula 269/STJ.

- *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente."

(HC 347.245/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 11/03/2016, grifou-se)

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, tão somente para afastar a valoração negativa da conduta social na primeira fase da dosimetria, e determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova individualização da pena.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0108431-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 354.590 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00032918520128240020 020120032910 082012000706574 20120032910 20150188685
20150188685000000 32918520128240020 4731200045 82012000706574

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FABIANO DA LUZ ARAUJO

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 Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.