



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.709 - SP (2017/0126905-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DE LIMA SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CRIME DE RECEPÇÃO. REGIME SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Apesar de ter sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de detenção, bem como o fato de a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, 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 Código Penal. Inteligência da Súmula 269/STJ.

4. Em que pese a reincidência do réu, o Juiz de 1º grau optou pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por entender que, em face de condenação anterior, tal medida seria socialmente recomendável. Decerto, ainda que a quantidade de pena estabelecida na sentença autorizasse, em tese, a conversão da pena privativa de liberdade em multa, a recidiva, *de per si*, justifica a escolha da pena restritiva de direitos em detrimento da pecuniária, notadamente se consideradas as finalidades retributiva e ressocializadora da pena.

5. *Writ* 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 Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 21 de setembro de 2017 (data do julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.709 - SP (2017/0126905-5)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DE LIMA SOUZA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **FELIPE DE LIMA SOUZA**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 10 dias multa, por infração ao disposto no art.180, *caput*, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade (e-STJ, fls. 30-35).

A defesa apelou ao Colegiado de origem, pugnando pela fixação do regime prisional aberto e pela substituição da pena corporal por multa. O recurso restou desprovido, sem discrepância de votos, ficando mantido o inteiro teor do decreto condenatório (e-STJ, fls. 15-18).

Neste *writ*, alega a impetrante que "no caso em debate, tem-se por configurada a constrição ilícita da liberdade do paciente, na medida em que este fora submetido ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, não obstante o montante punitivo aplicado conferir respaldo ao regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, 'c', do Código Penal". (e-STJ, fl. 4).

Aduz que "a não substituição de reprimenda privativa de liberdade por multa, na forma do artigo 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, exige explicação contundente de preceitos jurídicos a obstaculizar a adoção de referida medida, o que não se verificou ao caso singular" (e-STJ, fl. 4).

Requer, ao final, a concessão da ordem para que seja estabelecido o regime aberto e seja convertida a pena privativa de liberdade exclusivamente em multa.

Pleito liminar indeferido (e-STJ, fls. 99-100).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela sua denegação (e-STJ, fls. 126-132).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 401.709 - SP (2017/0126905-5)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : FELIPE DE LIMA SOUZA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. CRIME DE RECEPÇÃO. REGIME SEMIABERTO. REINCIDÊNCIA. SÚMULA 269/STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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. No caso, não se observa flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, por exigirem revolvimento probatório.

3. Apesar de ter sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de detenção, bem como o fato de a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, 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 Código Penal. Inteligência da Súmula 269/STJ.

4. Em que pese a reincidência do réu, o Juiz de 1º grau optou pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por entender que, em face de condenação anterior, tal medida seria socialmente recomendável. Decerto, ainda que a quantidade de pena estabelecida na sentença autorizasse, em tese, a conversão da pena privativa de liberdade em multa, a recidiva, *de per si*, justifica a escolha da pena restritiva de direitos em detrimento da pecuniária, notadamente se consideradas as finalidades retributiva e ressocializadora da pena.

5. *Writ* não conhecido.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus* de ofício.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Magistrado processante, ao proceder à individualização da pena, reconheceu:

"[...]"

Em fundamentação à aplicação da pena saliento que a reprovabilidade da conduta praticada pelo condenado não justifica aumento nas penas-base. Seus antecedentes, embora com passagens processuais, não recomendam exacerbação segundo a melhor técnica. Os autos não fornecem elementos seguros quanto à conduta social e à personalidade do agente.

Os motivos, circunstâncias e conseqüências do crime não diferenciam, quando comparados com outros da mesma espécie, este fato de outros praticados em situações semelhantes, não merecendo assim, este, maior reprovabilidade. A participação da vítima no caso é substancial para a caracterização deste delito e não justifica, da forma como foi, maior ou menor quantificação.

Ausentes as circunstâncias judiciais referidas que devam levar a exacerbação das penas-base, fixo-as em 1 (um) ano de reclusão, bem como fixo a pena pecuniária em 10 (dez) dias-multa, no valor cada qual, de 1/30 do salário mínimo mensal vigente à data do fato, com correção monetária desde a mesma data.

Na segunda fase observo que a confissão espontânea concorre com a reincidência certificada à fl 12 (apenso próprio), razão pela qual as causas serão compensadas, não havendo outras atenuantes ou agravantes genéricas a incidir.

Na terceira fase, não foram detectadas causas gerais ou especiais de aumento ou diminuição.

Para início do cumprimento da pena privativa de liberdade fixo o regime semiaberto, considerando as circunstâncias judiciais expostas e a reincidência do agente.

O Juízo sopesa como inaplicável a consideração do tempo de prisão processual cumprido para fins de fixação do regime inicial. Isto porque se mostra inviável a aplicação da regra prevista no artigo 387, § 2º do CPP (nova redação) diante da impossibilidade de se aferir o requisito subjetivo exigido para a hipótese. Ademais, não compete ao Juízo de cognição a questão, por se tratar de matéria restrita ao Juízo da Execução.

"[...]"

Muito embora o acusado seja reincidente, o crime anteriormente praticado não foi idêntico a este, não ostentava gravidade ou violência contra a pessoa e a substituição a pena privativa de liberdade é socialmente recomendável em razão das penas aplicadas, neste e naquele processo (artigo 44, § 3º, do Código Penal).

Assim, ante a presença dos pressupostos de aplicação das penas restritivas de direito, nos termos dos artigos 43 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, especificamente pela de prestação de serviços gratuitos à comunidade, devendo o condenado prestar uma hora de tarefa por dia de condenação, devendo tal serviço, ainda, ser prestado aos sábados, domingos e feriados, ou dias úteis, desde que não haja prejuízo à sua jornada normal de trabalho.

Caberá ao Juiz da Execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, junto ao qual o condenado irá trabalhar gratuitamente." (e-STJ, fls. 114-115).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Colegiado de origem, por sua vez, manteve a sentença condenatória pelos seguintes fundamentos:

"[...]

Sem razão a ilustre Defesa ao pretender a alteração da pena substitutiva de prestação de serviços à comunidade pela aplicação isolada de multa. Não cabe ao apelante escolher as penas que lhe serão impostas, mas dever do julgador conceder o benefício, se presentes os requisitos objetivos e subjetivos pela lei, com critério, adotando a que melhor se adequa ao caso concreto, em sintonia com os parâmetros da suficiência e reprovabilidade da conduta criminosa.

De igual forma, o regime prisional (inicial semiaberto) foi estabelecido com critério. Tanto a reincidência quanto a personalidade perigosa ao convívio social recomendam a fixação do regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

A reincidência indica que o réu, apesar de já ter cumprido pena anteriormente, insiste em manter-se avesso aos ditames da lei e aos padrões sociais, merecendo, assim, ser resguardada a ordem pública." (e-STJ, fls. 118-119).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

No que se refere ao regime prisional, em que pese tenha sido imposta reprimenda inferior a 4 anos de detenção, bem como o fato de a pena-base ter sido estabelecida no piso previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador, 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 Código Penal.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça, inclusive, editou a Súmula 269, segundo a qual "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais".

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

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 semiaberto 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 28/6/2016, DJe 5/8/2016, 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 À 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 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 1.412.043, 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 à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 8/3/2016, DJe 11/3/2016, grifou-se).

Por derradeiro, em que pese a reincidência do réu, o Juiz de 1º grau optou pela substituição da pena corporal por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, por entender que, em face de condenação anterior, tal medida seria socialmente recomendável. Decerto, ainda que a quantidade de pena estabelecida na sentença autorizasse, em tese, a conversão da pena privativa de liberdade em multa, a recidiva, *de per si*, justifica a escolha da pena restritiva de direitos em detrimento da pecuniária, notadamente se consideradas as finalidades retributiva e ressocializadora da pena.

Ante o exposto, **não conheço** do writ.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0126905-5

HC 401.709 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00055351620148260099 20170000257498 55351620148260099

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: FELIPE DE LIMA 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."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.