



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 470.846 - SC (2018/0249367-9)

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 : MAICON ALEXANDRE SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPROPRIEDADE NA VIA DO *WRIT*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO EVIDENCIADO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. INSUFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DE MULTA. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. *MANDAMUS* 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. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.
3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.
4. 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 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.
5. Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cediço, é defeso em sede de *habeas corpus*.
6. O preceito secundário do crime pelo qual o paciente foi condenado (art. 171 do CP) já estabelece a cumulação da pena de multa com a pena privativa de liberdade, de modo que não se revela desarrazoado privilegiar-se na substituição a escolha da pena restritiva de direitos.
7. A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14.6.2017, DJe de 24.8.2017). Precedentes.

8. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus*, de ofício, para suspender, até o trânsito em julgado da condenação, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente na Ação Penal n. 0010790-71.2012.8.24.0004.

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de outubro de 2019 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 470.846 - SC (2018/0249367-9)

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 : MAICON ALEXANDRE SANTANA

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **MAICON ALEXANDRE SANTANA** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi condenado à pena de 1 ano, 5 meses e 15 dias de reclusão, em regime prisional semiaberto, mais 80 dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, tendo a sanção corporal sido convertida em 2 restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e multa (e-STJ, fls. 31-43).

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que deu parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a reprimenda a 1 ano de reclusão, tendo substituído a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade, determinando a execução provisória da pena. Eis a ementa do acórdão:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA E DO DOLO DO APELANTE. AFASTAMENTO. PROVA ORAL COLHIDA NO SENTIDO DE QUE ADQUIRIU, DE DEPENDENTE QUÍMICA, MÁQUINA FOTOGRÁFICA FURTADA, POR VALOR IRRISÓRIO. CONFISSÃO DA NEGOCIAÇÃO POR PARTE DA AUTORA DO FURTO EM HARMONIA COM DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. OBJETO ENCONTRADO EM POSSE DO APELANTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE DEMONSTRAM SUA CIÊNCIA ACERCA DA ORIGEM ESPÚRIA DO BEM. PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA ANTE A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO. VALOR DO BEM QUE NÃO SE AFIGURA IRRISÓRIO. DEVOLUÇÃO DECORRENTE DA AÇÃO POLICIAL. REITERAÇÃO CRIMINOSA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL. ACOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE RESPALDAR O AUMENTO DA SANÇÃO BASILAR EM PROCESSO RELATIVO A FATO POSTERIOR E EM INQUÉRITO POLICIAL. PRECEDENTES. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA READEQUADA.

"Condenações transitadas em julgado referentes a fatos posteriores não podem ser utilizadas para sopesar negativamente os antecedentes, a personalidade e/ou conduta social do réu, com o escopo de elevar a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena-base" (STJ, Habeas Corpus n. 332.040/SC, DJUe de 15/12/2015). EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO PENAL QUE CONFIRMA SENTENÇA CONDENATÓRIA DE PRIMEIRO GRAU. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO" (e-STJ, fls. 315-316).

Opostos embargos de declaração pela defesa, foram rejeitados (e-STJ, fls. 338-341).

Neste *mandamus*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "afirmar que aquele que é encontrado na posse de bem ilícito tem o dever de comprovar a licitude de sua origem, sob pena de ser presumido o autor da subtração viola não somente a garantia da presunção de inocência, senão também o direito constitucional ao silêncio (CRFB/88, art. 5.º, LXIII)"; b) "é absolutamente insustentável o argumento de inversão do ônus da prova no processo penal diante da garantia fundamental inderrogável da presunção de inocência prevista expressamente pela Constituição da República e pelos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro"; c) "estabelecida a pena privativa de liberdade em patamar não superior a 1 ano, cabe ao Magistrado substituí-la por multa ou por uma restritiva de direitos, nos termos da primeira parte 7 do § 2.º do art. 44 do Código Penal"; d) "o TJSC substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos - prestação de serviços comunitários - sem aduzir nenhuma fundamentação para tanto"; e) "e no dia 14/6/2017 a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar embargos de divergência opostos pelo Ministério Público (Eresp. n. 1619087) firmou entendimento no sentido de que as penas restritivas de direitos dependem de trânsito em julgado da condenação para serem executadas" (e-STJ, fls. 3-15).

Pugna, assim, pela concessão da ordem a fim de absolver o réu das imputações. Subsidiariamente, requer seja substituída a pena privativa de liberdade por multa, reconhecendo, nesse caso, a prescrição da pretensão punitiva.

Pedido de liminar deferido para suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos (e-STJ, fls. 348-351).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pela concessão da ordem, de ofício, apenas para que seja determinada a substituição da pena privativa de liberdade por apenas 1 restritiva de direitos, a qual deverá ser objeto de execução provisória (e-STJ, fls. 413-435).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 470.846 - SC (2018/0249367-9)

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 : MAICON ALEXANDRE SANTANA

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPROPRIEDADE NA VIA DO *WRIT*. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO EVIDENCIADO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. INSUFICIÊNCIA DA APLICAÇÃO DE MULTA. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. *MANDAMUS* 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. O *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.
3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.
4. 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 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.
5. Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cediço, é defeso em sede de *habeas corpus*.
6. O preceito secundário do crime pelo qual o paciente foi condenado (art. 171 do CP) já estabelece a cumulação da pena de multa com a pena privativa de liberdade, de modo que não se revela desarrazoado privilegiar-se na substituição a escolha da pena restritiva de direitos.
7. A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

14.6.2017, DJe de 24.8.2017). Precedentes.

8. *Writ* não conhecido. *Habeas corpus*, de ofício, para suspender, até o trânsito em julgado da condenação, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente na Ação Penal n. 0010790-71.2012.8.24.0004.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Ademais, o *habeas corpus* não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.

A propósito do tema, trago à colação os seguintes julgados desta Quinta Turma:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ESTUPRO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PENA-BASE MAJORADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTES. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CPP. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - Mostra-se inviável o pedido de absolvição do paciente por ausência de provas, porquanto evidente a necessidade de amplo reexame do material fático-probatório dos autos, procedimento incompatível com a estreita via do *habeas corpus*.

II - Mostra-se possível a majoração da pena-base em patamar acima do mínimo legal quando as circunstâncias do crime ultrapassarem aquelas ínsitas ao tipo penal e o aumento se basear em elementos concretos, como no caso, em que a pena-base em relação ao delito de estupro foi exasperada em um ano em razão das lesões corporais praticadas em face da vítima.

III - É franqueado o reconhecimento de agravantes pelo magistrado, ainda que não descritas na denúncia, porquanto tal reconhecimento não envolve a questão da quebra de congruência entre a imputação e a sentença, sendo aplicável o disposto no art. 385 do CPP (precedentes).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 385.736/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/4/2017, DJe 9/5/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO MAJORADO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegal.

2. O acolhimento do pedido da defesa de absolvição demanda o reexame aprofundado de provas, inviável em *habeas corpus*.

3. É firme o entendimento desta Corte Superior de Justiça de que 'é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há farta prova testemunhal atestando o seu emprego' (HC 343.524/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 29/3/2016).

Habeas corpus não conhecido.

(HC 199.556/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016, grifou-se).

No caso, o Colegiado de origem, ao manter a condenação do réu, reconheceu:

"O apelante, ao seu turno, admitiu a posse da máquina fotográfica digital, contudo, aduziu que apenas guardava-a para a corrê, não tendo conhecimento de sua origem ilícita.

Contudo, a versão apresentada pelo apelante revela-se isolada de todo conjunto probatório, que o indica como autor do delito, não tendo força para promover a reforma do decisum, até porque desacompanhada de provas aptas a evidenciar sua conduta não criminosa - ônus esse que lhe incumbia, a teor do art. 156 do Código de Processo Penal, eis que estava na posse da res.

Ressalta-se que o elemento subjetivo em crimes como o de receptação deve ser vislumbrado a partir das condições da aquisição e da manutenção da posse do bem de origem criminosa, consoante anota o seguinte precedente desta Câmara Criminal (Apelação Criminal n. 2010.080988-7, de Chapecó, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 08/04/2011): "[...] no que toca ao dolo em crimes como o de receptação, nem sempre se terá prova direta, objetiva e concreta do crime, cabendo ao julgador, exatamente como se fez na hipótese, a busca de elementos e evidências indiretas e relacionadas ao delito imputado [...]".

De mais a mais, conforme firme entendimento jurisprudencial, "a posse da res furtiva, com a falta de explicação plausível para tanto, gera forte presunção de responsabilidade" (TJSC, Apelação Criminal n.

0009348-76.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 13/12/2016).

Cabe ressaltar que é aplicada a inversão do ônus da prova no presente caso, pois o bem foi apreendido em posse do apelante, de forma que caberia à defesa apresentar prova acerca de sua origem lícita, o que não foi feito.

[...]

E, no caso dos autos, a aquisição da máquina digital de pessoa viciada em drogas, por preço muito abaixo do mercado e sem qualquer documento comprobatório da negociação, demonstram que o apelante de fato sabia da origem ilícita do bem.

Assim, devidamente demonstrado que adquiriu coisa que sabia ser produto de furto, impossível a absolvição.

No que tange ao pedido de aplicação do princípio da insignificância, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mesmo igualmente não deve prosperar.

É certo que o Direito Penal deve estar voltado para aquelas condutas que possuem grau de reprovabilidade e repercussão social tamanhos que, sem outra opção, reclamem pela sua tutela" (e-STJ, fls. 319-321).

Com efeito, se as instâncias ordinárias entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

Ademais, 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 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 n. 11.690/2008, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. Diante dessa regra, discute-se qual é 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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

materialidade, autoria e nexo 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 *quaestio* 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, 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 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 28/3/2017, DJe 5/4/2017, grifou-se).

"HABEAS CORPUS. RECEPTAÇÃO. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. OFENSA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 16/3/2016, grifou-se).

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC 345.778/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 16/3/2016, grifou-se).

Por outro lado, o art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nas condenações iguais ou inferiores a 1 ano, por uma restritiva de direitos ou por multa, cabendo ao Magistrado processante, de forma motivada, eleger qual medida é mais adequada ao caso concreto.

Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cediço, é defeso em sede de *habeas corpus*.

Ademais, o preceito secundário do crime pelo qual o paciente foi condenado (art. 171 do CP) já estabelece a cumulação da pena de multa com a pena privativa de liberdade, de modo que não se revela desarrazoado privilegiar-se na substituição a escolha da pena restritiva de direitos.

A corroborar este entendimento:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CRITÉRIO ATENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. 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.

2. Tratando-se de condenação que excede 1 ano de reclusão e preenchidos os requisitos para a substituição da pena, ela se dá por uma medida restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos, incumbindo a escolha do benefício ao órgão prolator da decisão, no exercício de sua discricionariedade vinculada, considerando as particularidades do caso concreto e as subjetivas do agente. Precedentes.

3. Hipótese em que a Corte local motivou suficientemente a aplicação de duas restritivas, ao invés de uma restritiva e multa, em virtude de serem tais medidas mais adequadas às circunstâncias pessoais do paciente.

4. Ademais, não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, no caso de o preceito secundário do tipo penal possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos nessa hipótese.

Precedente.

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 470.920/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 15/10/2018, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Preenchidos os requisitos para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, mas estabelecida a sanção corporal acima de 1 (um) ano, a substituição pode ser feita ou por uma restritiva de direitos somada a uma pena de multa, ou por duas restritivas de direitos, cabendo a escolha ao magistrado sentenciante, no exercício da discricionariedade vinculada, desde que apresente fundamentação adequada, tal como ocorreu no caso examinado.

2. Se ao tipo penal é cominada pena de multa cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte do Código Penal.

3. Hipótese em que a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, de índole reparadora, melhor atenderá ao caráter ressocializador da reprimenda, podendo inclusive ser convertida em pena corporal, se descumprida.

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 416.530/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se).

Nesse contexto, não se constata qualquer ilegalidade a ser sanada, de ofício, no ponto.

Por fim, no que tange à execução provisória da pena imposta ao paciente, após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), esta Corte passou a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal". Em outras palavras, voltou-se a admitir o início de cumprimento da pena imposta pelo simples esgotamento das instâncias ordinárias, ou seja, antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos da Súmula 267/STJ.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Contudo, no caso dos autos, a reprimenda privativa foi substituída por restritiva de direitos, não sendo possível precisar se a sentença transitou em julgado.

Oportuno consignar que, ao tempo em que vigorava o entendimento, no Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade (ou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, antes do julgamento do HC 84.078/MG, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 5.2.2009), não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, consoante se infere dos seguintes precedentes:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impôs."

(HC 88413, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ de 9/6/2006).

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida."

(HC 88741, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ de 4/8/2006).

Assim, observado esse posicionamento anterior do Supremo Tribunal Federal e considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal ("Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução"), entendo não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos.

Sobre o tema, vem decidindo a Quinta Turma desta Corte:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, a Suprema Corte, ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena, como agora, não a autorizava para as penas restritivas de direito (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Em suma, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF e do STJ.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 1/2/2017, grifou-se);

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - "A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal" (HC n.

126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Antes da guinada jurisprudencial que o HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

III - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Recurso provido para, reformando o v. acórdão recorrido, suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente."

(RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

Ainda, a 3ª Seção do STJ, aplacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

Tal entendimento foi ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/18, nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, Rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, bem como pela Segunda Turma do STF:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAS NÃO FOI OBJETO DE ANÁLISE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCs 43 e 44. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

II - O entendimento até então esposado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da execução antecipada da pena deu-se pela análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal.

III - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgR no RE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.175.109/MG, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/4/2019, DJe 26/4/2019, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** *habeas corpus*, de ofício, para suspender, até o trânsito em julgado da condenação, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta ao paciente na Ação Penal n. 0010790-71.2012.8.24.0004.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0249367-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 470.846 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00107907120128240004 00412010790600000 107907120128240004

EM MESA

JULGADO: 17/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

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	:	MAICON ALEXANDRE SANTANA
CORRÉU	:	VALDIRENE ROSA DUTRA

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, Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.