



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.318 - SC (2019/0130539-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JOSE SILVA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE FURTO PRIVILEGIADO NOTURNO. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 - Inviável adentrar ao mérito do presente **writ** pois verifica-se que o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca de matéria discutida nesta impetração, ficando, portanto, impedida esta Corte de proceder a sua análise, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - *"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. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

IV - Na hipótese das penas restritivas de direitos, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp n. 1.619.087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo
(Desembargador Convocado do TJ/PE)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.318 - SC (2019/0130539-2)

**RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JOSE SILVA JUNIOR

RELATÓRIO

**O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE):**

Trata-se de **habeas corpus**, substituto de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **JOSE SILVA JUNIOR**, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** nos **Embargos de Declaração n. 0007346-20.2015.8.24.0038/50000**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em grau de apelação, como incurso no art. 155, §§ 1º e 2º, do Código Penal, à pena de 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (fls. 161-170).

Opostos embargos declaratórios, não foram conhecidos (fls. 204-213 - grifei):

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS. EMBARGANTE QUE DELIMITOU AS TESES DEFENSIVAS NO RECURSO DE APELAÇÃO. JULGAMENTO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

- O recurso de apelação devolve ao Tribunal toda a matéria de fato e de direito, nos limites da impugnação, conforme o princípio tantum devolutum quantum appellatum.

- A legislação processual penal não autoriza o manejo de embargos de declaração para inserir nova discussão não abordada nas razões da apelação criminal.

- Embargos não conhecidos."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Neste **mandamus**, a impetrante alega que "*o presente habeas corpus tem como foco de insurgência as decisões ilegais da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que (a) não reconheceram a nulidade do processo desde a sentença condenatória, porquanto prolatada por meio audiovisual, sem transcrição integral de seu conteúdo; (b) determinaram o imediato cumprimento da pena restritiva de direitos imposta*" (fl. 5).

Aduz que "*a sentença é nula de pleno direito, em razão de ter sido proferida oralmente, sem transcrição de seu conteúdo integral (apenas da parte dispositiva, fl. 108), o que evidentemente viola o contraditório e da ampla defesa, além de afrontar o art. 155 do CPP*" (fl. 6).

Ressalta que "*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 a pena restritiva de direitos dependem de trânsito em julgado da condenação para serem executadas*" (fls. 9-10).

Por fim, requer a concessão da ordem, liminarmente, "*para suspender os efeitos da condenação até o julgamento final do writ*" e, no mérito, pugna sejam declaradas "*as ilegalidades ocorridas, para o fim de anular a sentença proferida de forma oral*" (fl. 11).

O pedido liminar foi deferido, às fls. 218-220, tão somente para suspender, até o julgamento do mérito deste **writ**, a execução provisória da pena restritiva de direitos determinada em face do paciente.

Informações prestadas às fls. 226-263.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 269-274, pelo não conhecimento do **writ**. O parecer está assim ementado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE. SENTENÇA PROFERIDA ORALMENTE E SEM TRANSCRIÇÃO DO CONTEÚDO. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO.

– 1ª Preliminar: não conhecimento de habeas corpus



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

originário, substitutivo de recurso especial.

– 2ª Preliminar: *conhecimento de ofício; ausência de competência.*

Precedentes: STJ (HC 245.731/MS; HC nº 248.757/SP).

– 3ª Preliminar: *não conhecimento das questões suscitadas ou, mesmo de ofício, da ordem, sob pena de contrariar o art. 105, inciso III, “a”, “b” e “c” da CF.*

- *Parecer, em preliminar, pelo não conhecimento deste habeas corpus.”*

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 509.318 - SC (2019/0130539-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JOSE SILVA JUNIOR

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE FURTO PRIVILEGIADO NOTURNO. CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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 - Inviável adentrar ao mérito do presente **writ** pois verifica-se que o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca de matéria discutida nesta impetração, ficando, portanto, impedida esta Corte de proceder a sua análise, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III - "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. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Na hipótese das penas restritivas de direitos, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp n. 1.619.087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE): A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir **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.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, no entanto, passa-se ao exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

In casu, incabível o presente **mandamus**, uma vez que a questão aqui tratada, qual seja, a suposta nulidade apontada - nulidade da sentença em razão de ter sido proferida



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oralmente (prolatada por meio audiovisual), sem transcrição de seu conteúdo integral - não foi examinada pelo eg. Tribunal indigitado de coator nos recursos interpostos na origem.

Desta forma, se o eg. Tribunal **a quo** não se manifestou acerca da matéria ventilada na presente impetração, fica impedida esta Corte de proceder à sua análise, sob pena de **indevida supressão de instância**.

Nesse sentido é o entendimento das Turmas que compõem a Terceira Seção desta eg. Corte de Justiça, **in verbis**:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RENÚNCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO RÉU. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. CERTIDÕES CARTORÁRIAS SUCESSIVAS E DIVERGENTES QUANTO AO DESEJO DE RECORRER PELO RÉU. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. EXTEMPORANEIDADE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. SESSÃO DE JULGAMENTO. RÉU REVEL. CITAÇÃO POR EDITAL. IMPRESCINDIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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. O tema concernente à inexistência de prévia intimação do réu quanto à renúncia pelo advogado constituído do mandato a si outorgado, não foi analisado pela Corte de origem, não podendo, por tais razões, ser examinado diretamente por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância.

[...]" (HC n. 374.752/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 17/02/2017, grifei).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA NOS AUTOS DE DOCUMENTAÇÃO REPUTADA INDISPENSÁVEL PELA DEFESA. MATÉRIA NÃO APRECIADA NO WRIT IMPETRADO NA ORIGEM. MANDAMUS SUBSTITUTIVO DE APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. *A alegada nulidade da ação penal em razão de não constar nos autos documentação reputada indispensável pela defesa não foi apreciada pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação deste Sodalício sobre o tópico, sob pena de se configurar a prestação jurisdicional em indevida supressão de instância.*

2. Não se vislumbra qualquer ilegalidade no não conhecimento do mandamus originário, pois este Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis e à revisão criminal. Precedentes.

[...]

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 367.864/MT, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 22/02/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DESCAMINHO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FALSIDADE IDEOLÓGICA E SONEGAÇÃO FISCAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL ANTES DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DOS TRIBUTOS. NULIDADE. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EMPREGO DO WRIT. COISA JULGADA. REASCENDER TESES. AMOFINAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. INVIABILIDADE. PRETENSÃO DE SIMPLES REFORMA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO.

1. *No seio de habeas corpus, não é possível conhecer de temas não tratados na origem, sob pena de supressão de instância.*

2. Manejar remédio heroico tentando reascender temas, após o julgamento de todos os recursos cabíveis, com o advento do manto da coisa julgada sobre o processo criminal, o qual foi inclusive objeto de análise em outra sede impugnativa perante o Superior Tribunal, quebranta a segurança jurídica.

3. Mantidos os fundamentos da decisão agravada, porquanto não infirmados por razões eficientes, é de ser negada simples pretensão de reforma. (Enunciado n.º 182 da Súmula desta Corte).

4. Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 400.382/RS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 23/06/2017, grifei).

Igualmente se manifesta o col. Supremo Tribunal Federal:

"HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ALEGAÇÃO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DE EXCESSO DE LINGUAGEM. MATÉRIA PRECLUSA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. DETERMINAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DO VEREDITO: IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS IMPRÓPRIO NA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

1. Somente com a condenação do Paciente em novo julgamento pelo Tribunal do Júri à pena de nove anos e quatro meses de reclusão em 25.12.2012, a defesa se insurgiu nas instâncias antecedentes e chegou a impetrar o Habeas Corpus n. 331.533, Relator o Ministro Nefi Cordeiro, do Superior Tribunal de Justiça, alegando nulidades no julgamento da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rondônia, transitado em julgado em 7.12.2011, portanto, há mais de quatro anos. Preclusão da matéria. Impossibilidade de utilização de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal.

2. A determinação de realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri não contraria o princípio constitucional da soberania dos vereditos quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Precedentes.

3. Concluir que o julgamento do Tribunal do Júri que absolveu o Paciente não teria sido contrário à prova dos autos impõe, na espécie vertente, revolvimento do conjunto probatório, o que ultrapassa os limites do procedimento sumário e documental do habeas corpus.

4. Ordem denegada" (HC n. 134.412/, **Segunda Turma**. Rel^a. Min^a. **Carmen Lúcia**. DJe de 16/06/2016).

"Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus contra ato de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Condenação transitada em julgado. Deficiência na instrução do writ. Análise de fatos e provas.

1. Inexistindo pronunciamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça, não compete ao Supremo Tribunal Federal examinar a questão de direito implicada na impetração. Hipótese, portanto, de habeas corpus em substituição ao agravo regimental.

2. A jurisprudência desta Corte também não admite a utilização do habeas corpus em substituição à ação de revisão criminal (v.g, RHC 119.605-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; HC 111.412-AgR, Rel. Min. Luiz Fux; RHC 114.890, Rel. Min. Dias Toffoli; HC 116.827-MC, Rel. Min. Teori Zavascki; RHC 116.204, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia; e RHC 115.983, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgR no HC n. 130.240/RJ, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Roberto Barroso**, DJe de 16/12/-2015).

Vale ressaltar, ademais, que esta eg. Corte de Justiça já se manifestou no sentido de que, mesmo eventual nulidade absoluta, não pode ser declarada em supressão de instância. Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DE DESEMBARGADOR RELATOR PARA PROFERIR DECISÃO. NÃO CONFIGURADA. DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE. DECISÃO DE JUIZ DE 1º GRAU. INCOMPETÊNCIA DO STJ PARA MODIFICAR OS ATOS JUDICIAIS. ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Falece competência a esta Corte, a teor do art. 105, I, "c", da Constituição Federal, para julgar habeas corpus impetrado contra despacho de mero expediente proferido por Desembargador Relator, sem qualquer carga decisória, após o Órgão Especial do TJRJ ter determinado a remessa do feito para o 1º Grau.

II - Inviável qualquer manifestação a respeito de decisão declinatória de competência proferida pelo Juízo da 35ª Vara Criminal da Comarca da Capital, uma vez que, sob o mesmo fundamento legal acima indicado, esta Corte não tem competência para examinar habeas corpus impetrado diretamente contra ato de Juiz de 1º Grau.

III - Mesmo a suposta nulidade absoluta deve ser objeto de decisão pelo eg. Tribunal de Justiça, para que seja inaugurada a competência desta Corte e afastada a supressão de instância.

IV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental desprovido" (AgRg nos EDcl no HC n. 448.209/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 09/08/2018, grifei).

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. ALEGADA DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MATÉRIA NÃO EXAMINADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SÚMULA 523/STF. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. **Com efeito, "mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias" (AgRg no AREsp 872.787/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 16/05/2016).**

4. De mais a mais, "no Processo Penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523/STF), inócurre na espécie.

5. Habeas corpus não conhecido" (HC n. 349.782/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 12/12/2017, grifei).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ATO OBSCENO. NULIDADE DO FEITO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NÃO LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. CITAÇÃO EDITALÍCIA. DECRETAÇÃO DA CUSTÓDIA UM ANO APÓS OS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

1. **Inviável avaliar a alegação de nulidade absoluta do feito se ela não foi levada a exame do Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância.**

2. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.

[...]" (RHC n. 87.472/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/02/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. INCOMPETÊNCIA. SUPRESSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O habeas corpus foi impetrado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo transitado em julgado; é,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

portanto, substitutivo de revisão criminal. Por força do art. 105, I, "e", da Constituição Federal, a competência desta Corte para processar e julgar revisão criminal limita-se às hipóteses de seus próprios julgados. Não existindo nesta Corte julgamento de mérito passível de revisão em relação à condenação sofrida pelo paciente, forçoso reconhecer a incompetência deste Tribunal para o julgamento do presente pedido.

2. Ademais, as questões aventadas neste habeas corpus - incompetência do Juízo, nulidade da busca e apreensão, assim como do laudo pericial e inépcia da denúncia - não foram sequer objeto de análise pelo Tribunal a quo, o que impede também o seu conhecimento nesta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância, pois até mesmo as nulidades absolutas devem ser objeto de prévio exame na origem a fim de que possam inaugurar a instância extraordinária.

3. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 395.493/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 25/05/2017, grifei).

Deve a matéria ser apresentada, inicialmente, ao eg. Tribunal de origem, pelo meio processual adequado, para que, somente após sua deliberação, seja inaugurada a competência desta Corte.

Por outro lado, no que tange à **execução provisória da pena**, tem-se que o col. **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento anterior para decidir, no julgamento do **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do insigne Min. **Teori Zavascki**, 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*" (HC n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 17/5/2016).

Este entendimento foi confirmado pela col. Suprema Corte em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, bem como no ARE n. 964.246/SP, este com **repercussão geral**.

Ressalte-se que o col. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 141.978 AgRg/SP, de relatoria do Ministro **Luiz Fux**, em sessão realizada na Primeira Turma, em 26/6/2017, aplicou o mesmo entendimento para concluir que: "*a execução provisória de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida – Tema nº 925."

De se ressaltar, contudo, malgrado a ressalva do entendimento deste Relator, que **esta Corte Superior de Justiça não estendeu tal compreensão para os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.**

Isso porque, antes da modificação do entendimento jurisprudencial ocorrido com o julgamento do **HC n. 84.078/MG**, vedando a execução provisória da pena privativa de liberdade, hoje superado pela compreensão firmada no bojo do **HC n. 126.292/SP**, o col. Supremo Tribunal Federal, bem como este Tribunal Superior, **já entendiam que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabe a execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação**, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (HC n. 88.741/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Eros Grau**, DJ de 4/8/2006; HC n. 89.435/PR, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJe de 22/3/2013).

Dessa forma, a **Terceira Seção desta Corte Superior**, no julgamento do **EResp n. 1.619.087/SC**, de relatoria do insigne Min. **Jorge Mussi**, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

Colaciono a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROIBIÇÃO EXPRESSA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido pela viabilidade da imediata execução da pena imposta ou confirmada pelos tribunais locais após esgotadas as respectivas jurisdições, não analisou tal possibilidade quanto às reprimendas restritivas de direitos.

2. Considerando a ausência de manifestação expressa da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

3. Embargos de divergência rejeitados" (EResp n. 1.619.087/SC, **Terceira Seção**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, Rel. p/ Acórdão Min. **Jorge Mussi**, DJe 24/08/2017).

E também dos seguintes julgados:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - A Terceira Seção desta Corte, nos termos do entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Supremo Tribunal Federal, sedimentou orientação no sentido de não admitir 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 - O paciente foi condenado pelo crime descrito no artigo 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa.

III - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva e multa, e não por duas restritivas de direitos, conforme decidido no v. acórdão, esbarra na orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, sedimentada na Súmula n. 171/STJ, segundo a qual, 'Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'.

IV - '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 126.292/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 17/5/2016).

V - Entretanto, no caso das penas restritivas de direitos, este Tribunal manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Esta Quinta Turma manifestou a mesma orientação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no julgamento do AgRg no REsp 1.618.434/MG e do AREsp 971.249/SP.

VI - A condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (HC n. 468.066/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe de 23/10/2018).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE (AGRG NO HC 435.092/SP). AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC 126.292/SP, ficou assente que, esgotadas as instâncias ordinárias, a interposição de recurso especial não obsta a execução da decisão penal condenatória. E, ainda, em julgamento colegiado do pedido de liminar das ADCs 43 e 44, o referido entendimento foi confirmado.

2. 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. Precedentes.

3. Hipótese em que se encontra em pleno vigor o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11/7/1984) e não há notícia de que o STF ou a Corte Especial do STJ, no âmbito de suas respectivas competências, tenham declarado a inconstitucionalidade de aludida norma. Nem mesmo no já referido HC 126.292/SP fez-se menção a tal possibilidade. Por conseguinte, este órgão colegiado não poderia recusar a aplicação do art. 147 da LEP sem ferir a CF ou desconsiderar a orientação da Súmula Vinculante n. 10.

4. Entendimento ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/2018, nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, cujo acórdão pende de publicação.

5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no HC n. 462.780/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 13/11/2018).

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Os embargos de declaração têm a finalidade simples e única de completar, aclarar ou corrigir uma decisão ambígua, omissa, obscura ou contraditória, conforme dispõe o art. 619 do CPP.

2. Esta Corte Superior, ao analisar a questão, posicionou-se de forma clara, adequada e suficiente ao concluir que, de acordo com o julgamento da Terceira Seção desta Corte Superior, proferido no EREsp 1619087/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

3. Não cabe a esta Corte Superior, na via especial, a análise de violação ao art. 5º, incisos LVII e LIV, da Constituição Federal, ainda que com o objetivo de prequestionamento visando à interposição do apelo extraordinário, sob pena de haver a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.

4. Por meio dos aclaratórios, é nítida a pretensão da parte embargante em provocar o re julgamento da causa, situação que, na inexistência das hipóteses previstas no art. 619 do CPP, não é compatível com o recurso protocolado.

5. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no REsp n. 1.763.168/PR, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 31/10/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. MARCOS INTERRUPTIVOS. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DA CONDENAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS NÃO CONHECIDOS. INDEFERIDA A EXECUÇÃO ANTECIPADA.

1. São intempestivos os embargos de declaração opostos fora do prazo de 2 dias, previsto no art. 619 do CPP.

2. É intempestivo o agravo regimental interposto fora do prazo de 5 dias corridos, nos termos dos arts. 39 da Lei 8.038/90 e 258, caput, do RISTJ.

3. Constitui novo marco interruptivo o acórdão proferido durante julgamento do recurso de apelação do Ministério Público que alterou substancialmente a condenação, a fim de majorar a pena, tendo, igualmente, modificado o prazo prescricional.

4. Negado provimento ao agravo em recurso especial, a data do trânsito em julgado para a defesa retroagirá ao último dia do prazo para a interposição do recurso especial na origem, conforme entendimento consolidado no EAREsp 386.266/SP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Não decorrido o lapso prescricional entre os marcos interruptivos, não se opera a prescrição da pretensão punitiva.

6. O entendimento desta Corte é pela impossibilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos.

7. Embargos declaratórios e agravo regimental não conhecidos e indeferidos os pedidos de extinção da punibilidade pela prescrição e de execução provisória da pena restritiva de direitos" (EDcl no AREsp n. 545.862/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 25/09/2018).

"HABEAS CORPUS. PENAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIAS DE FATO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA.

1. A Terceira Seção desta Corte, ao julgar o EREsp n.º 1.619.087/SC, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro JORGE MUSSI, fixou entendimento de não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos, conforme disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal. Essa orientação também é aplicável nos casos de suspensão condicional da pena. Precedentes.

2. Ordem concedida para determinar a suspensão da execução da pena imposta ao Paciente até o trânsito em julgado da condenação, confirmando a liminar anteriormente deferida" (HC n. 459.554/SC, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Laurita Vaz**, DJe de 03/10/2018).

No caso sob exame, o eg. Tribunal **a quo manteve a condenação do paciente à pena de 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos.** Assim, de rigor a suspensão da execução das penas alternativas impostas em face do apenado, até o **trânsito em julgado da condenação.**

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

Contudo, **concedo a ordem, de ofício, ratificando a liminar anteriormente deferida,** para suspender a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2019/0130539-2

HC 509.318 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00073462020158240038 082015002478227 73462020158240038 82015002478227

EM MESA

JULGADO: 01/10/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR
CONVOCADO DO TJ/PE)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : JOSE SILVA JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

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