



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.555 - SC (2017/0181621-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : HENRIQUE NOBRE DIAS
PACIENTE : FLAVIO MENUZZI JUNIOR

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO. QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE n. 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

III - Tendo o magistrado utilizado a quantidade e a natureza da droga na terceira etapa da dosimetria, nenhuma ilegalidade há de ser sanada.

IV - Quanto à fração de diminuição, em razão do privilégio, o eg. Tribunal de origem a manteve em 1/2 (metade), ao fundamento de que a quantidade e a natureza de droga apreendida (38,4 g. de cocaína) não permitiria a incidência da fração máxima. Logo, houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, o qual não pode ser considerado manifestamente desproporcional ou excessivo.

V - No que se refere ao pleito de aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos e multa, insta consignar que a referida insurgência não foi objeto de análise pela Corte local, na medida em que o revés foi diretamente aviado para apreciação deste Tribunal Superior. Desta feita, uma vez que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre o referido tema, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VI - 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.

VII - Em recente julgamento (14/6/2017), a **Terceira Seção**, por maioria, negou provimento aos Embargos de Divergência n. 1.619.087/SC, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Jorge Mussi, no sentido de não ser possível a execução provisória das penas restritivas de direito.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, **para suspender a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado do édito condenatório.**

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

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

Brasília (DF), 21 de setembro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.555 - SC (2017/0181621-7)

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 : HENRIQUE NOBRE DIAS
PACIENTE : FLAVIO MENUZZI JUNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido de liminar, impetrado em favor de **HENRIQUE NOBRE DIAS** e de **FLAVIO MENUZZI JUNIOR** contra o v. acórdão proferido pelo **eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que os pacientes **HENRIQUE NOBRE DIAS** e de **FLAVIO MENUZZI JUNIOR** foram condenados, como incursos nas sanções do art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, às penas de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, mais ao pagamento de 300 (trezentos) dias-multa, sendo a reprimenda corporal substituída por 2 (duas) restritivas de direitos.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, que deu parcial provimento ao apelo, a fim de redimensionar as penas dos pacientes ao patamar de **2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa**, mantendo os demais termos da r. sentença condenatória (fls. 395-406).

No presente **writ**, o impetrante sustenta, em breve síntese, que (fls. 1-12): *"Como se sabe, a teor do art. 42 da Lei 11.343/06, a natureza e a quantidade da substância proscrita deverão ser levadas em conta, e não a natureza ou a quantidade. O binômio natureza/quantidade deve ser analisado necessariamente em conjunto. E mais: o intérprete não pode ler o enunciado normativo apenas com lentes punitivas. A quantidade da droga apreendida deve igualmente ser levada em conta e, caso seja de pequena monta, contraindica a exasperação da pena."*

Ademais, defende que: *"Portanto, sendo a pena de multa mais favorável aos Pacientes (já que não pode ser convertida em prisão⁷) do que a pena restritiva de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos, o juiz somente poderá optar pela pena menos favorável – substituição por duas restritivas de direito, e não por multa e uma restritiva de direitos– mediante fundamentação válida. [...] O Juízo sentenciante simplesmente ignorou a possibilidade de promover a substituição das penas privativas de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, optando pela opção mais gravosa [...]".

Requer, ao final, a concessão da ordem, para a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 na fração máxima. Pleiteia, ainda, a aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos e multa, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido à fl. 249.

As informações foram prestadas às fls. 436-474.

O Ministério Público Federal, às fls. 476-484, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, mas pela concessão parcial da ordem, conforme parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. 1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada. 2. Oremédio heroico não é a via adequada para rever a dosimetria da pena realizada pelas instâncias ordinárias, mormente quando não há flagrante ilegalidade e a pretensão enseja análise aprofundada do conjunto probatório. 3. Impossibilidade de conhecimento de matéria não apreciada pelo Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância. 4. Inviável a execução provisória da pena restritiva de direitos, nos termos do art. 147 da Lei nº 7.210/84. 5. Parecer pelo não conhecimento do writ Pela concessão parcial da ordem, de ofício, a fim de que seja afastada a possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos."

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 409.555 - SC (2017/0181621-7)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
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 : HENRIQUE NOBRE DIAS
PACIENTE : FLAVIO MENUZZI JUNIOR

EMENTA

PENAL. **HABEAS CORPUS**
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO
CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA
ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º
DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. UTILIZAÇÃO
NA TERCEIRA FASE. CABIMENTO.
QUANTIDADE E NATUREZA E DE DROGAS.
FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PATAMAR
MANTIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR
UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA.
SUPRESSÃO INSTÂNCIA. EXECUÇÃO
PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE
DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. **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 possível a concessão da ordem de ofício.

II - De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, diga-se, ou na primeira ou na terceira fase, sob pena de indevido **bis in idem**, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará.

III - Tendo o magistrado utilizado a quantidade e a natureza da droga na terceira etapa da dosimetria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nenhuma ilegalidade há de ser sanada.

IV - Quanto à fração de diminuição, em razão do privilégio, o eg. Tribunal de origem a manteve em 1/2 (metade), ao fundamento de que a quantidade e a natureza de droga apreendida (38,4 g. de cocaína) não permitiria a incidência da fração máxima. Logo, houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, o qual não pode ser considerado manifestamente desproporcional ou excessivo.

V - No que se refere ao pleito de aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos e multa, insta consignar que a referida insurgência não foi objeto de análise pela Corte local, na medida em que o revés foi diretamente aviado para apreciação deste Tribunal Superior. Desta feita, uma vez que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre o referido tema, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

VI - 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.

VII - Em recente julgamento (14/6/2017), a **Terceira Seção**, por maioria, negou provimento aos Embargos de Divergência n. 1.619.087/SC, nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Jorge Mussi, no sentido de não ser possível a execução provisória das penas restritivas de direito.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, **para suspender a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado do édito condenatório.**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

De início, insta consignar que o col. **Supremo Tribunal Federal**, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza **bis in idem** tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena.

Transcrevo, oportunamente, a ementa do referido julgado:

"Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência" (ARE n. 666.334 RG/AM, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 6/5/2014).

Dessa forma, verifica-se que o atual entendimento do eg. **STF** sobre o tema, firmado sob regime de repercussão geral, é no sentido de que as circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas somente podem ser utilizadas *"na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem"* (RHC n. 117.990/ES, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Luiz Fux**, DJe de 5/6/2014).

Tal orientação, aliás, tem sido adotada neste eg. **Superior Tribunal de Justiça**, conforme se depreende do seguinte precedente:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). NATUREZA E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE. 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. **A utilização da quantidade e da natureza da droga, cumulativamente, na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, seja para modular ou negar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, configura bis in idem, consoante entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014). Precedentes do STJ e do STF.**

3. Hipótese em que deve ser restabelecida a reprimenda imposta pela sentença, impondo ao paciente a pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, porquanto devidamente fundamentada em elementos concretos e dentro do critério da discricionariedade vinculada do julgador, não se mostrando desproporcional ou desarrazoada.

4. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena tenha sido fixada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial mais gravoso (fechado), tendo em vista a expressiva quantidade da droga apreendida (200 porções de cocaína), sopesada na terceira fase da dosimetria (art. 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei de Drogas).

5. É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante do quantum de pena aplicada (5 anos de reclusão), nos termos do art. 44, I, do Código Penal.

6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a pena fixada na sentença, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, mantido o cumprimento inicial no regime fechado" (HC n. 352.063/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 3/6/2016, grifei).

Na presente hipótese, verifica-se que foi valorada a quantidade e a natureza da droga apreendida como fator apto a permitir a exasperação da pena na terceira, justificando a não aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

patamar máximo.

No caso dos autos, portanto, tem-se que o v. acórdão reprochado está de acordo com o atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta eg. Corte Superior de Justiça, na medida em que considerou a natureza e a quantidade da droga somente na terceira fase da dosimetria.

Quanto **ao momento de sua aplicação**, cabe ao Magistrado decidir em qual das fases às utilizará, razão pela qual, tendo o juízo sentenciante optado por utilizá-las na terceira etapa da dosimetria da pena, como balizador da escolha da fração de diminuição de pena descrita no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, nenhuma ilegalidade há de ser reparada nesse via estreita do **habeas corpus**.

Para a **fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06**, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, ante a ausência de indicação das balizas pelo legislador para a definição do **quantum** de diminuição.

O v. acórdão objurgado, ao reformar o patamar fracionário utilizado na r. sentença condenatória, consignou que:

"No caso, como já dito, foram apreendidas 146 porções de cocaína, com peso bruto de 38,4g, o que, embora não possa ser considerado elevadíssimo, não é tão pouco que possa ensejar a redução em seu grau máximo. Todavia, permite ensejar a minoração para 1/2 (um meio)."

Dá análise do excerto, constata-se que houve fundamentação concreta para a escolha do patamar fixado, inexistindo desproporcionalidade na fundamentação, dada a quantidade e natureza de droga apreendida.

À guisa de ilustração, salienta-se o seguinte aresto desta Quinta Tuma:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ELEMENTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL E CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS ACERCA DA GRAVIDADE DO DELITO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. NECESSIDADE DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MODO ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APLICABILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

4. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

5. Na falta de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do delito, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, para afastar a aplicação da minorante quando evidenciarem a habitualidade do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes.

6. **Hipótese em que as instâncias ordinárias, de forma motivada, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, consideraram a natureza e a quantidade de droga apreendida - 14 papелotes de cocaína (22,3g) -, exclusivamente, na terceira etapa da dosimetria da pena, para fazer incidir a minorante em 1/3, o que não se mostra desproporcional.**

7. Fixada a pena definitiva em 3 anos e 4 meses de reclusão, verificada a primariedade do réu e sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, o regime aberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos do art. 33, § 2º, "c", e § 3º, do Código Penal.

8. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, resultando a sanção definitiva do paciente em 3 anos e 4 meses de reclusão, mais pagamento de 333 dias-multa, bem como para fixar o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a ser estabelecida pelo Juízo Execução" (HC n. 405.499/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 14/8/2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que se refere ao pleito de aplicação de apenas uma pena restritiva de direitos e multa, insta consignar que a referida insurgência não foi objeto de análise pela Corte local, na medida em que o revés foi diretamente aviado para apreciação deste Tribunal Superior.

Desta feita, uma vez que o eg. Tribunal de origem não se pronunciou sobre o referido tema, esta Corte fica impedida de se manifestar diretamente sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

Entretanto, a título de orientação, o art. 44 do Código Penal **faculta** ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito, nos casos em que a reprimenda seja superior à 1 (um) ano de reclusão.

Desse modo, considerando que o paciente conta com circunstância desfavorável, qual seja, a natureza e a quantidade da droga, utilizadas na terceira fase da dosimetria, as razões exaradas pelas instâncias ordinárias se encontram devidamente fundamentadas e idôneas.

Por fim, em relação à execução provisória da pena, o art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Essa era a orientação que vinha sendo aplicada nesta Corte até recentemente, com base no entendimento então sufragado pelo Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, configurava ofensa ao princípio da não culpabilidade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, **por maioria de votos**, indeferiu o pedido formulado no **HC n. 126.292/SP**, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cumprimento da pena após o julgamento da apelação, porque não constatado prejuízo ao princípio da não culpabilidade.

De se ressaltar, contudo, que **tal entendimento não é estendido também para os casos em que seja estabelecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

Nesse compasso, antes da guinada jurisprudencial que o **HC n. 84.078/MG** trouxe, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superado pelo **HC n. 126.292/SP**, esta Corte Superior já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido:

"MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. APELO RARO ADMITIDO NA ORIGEM. DISPENSA DE FORMALIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ÓRGÃO PÚBLICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU E CONDENADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL A PENA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. ART. 147 DA LEI 7.210/84 (LEP). MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. *Em casos excepcionais, em que a execução provisória da pena possa causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, a jurisprudência desta Corte vem aceitando o ajuizamento de Ação Cautelar Inominada destinada a dar efeito suspensivo ao Recurso Excepcional, nas hipóteses em que presentes os requisitos autorizadores da medida (periculum in mora e fumus boni iuris).*

2. *No caso em apreço, além de já ter sido processado e admitido o Recurso Especial, ao qual se pretende atribuir o almejado efeito suspensivo, a questão objeto de impugnação, qual seja, a necessidade de efetiva existência de prejuízo patrimonial ao Órgão Público, por força de dispensa de formalidade em procedimento licitatório, merece ser melhor apreciada por esta Corte.*

3. *Ademais, este Tribunal e o Pretório Excelso firmaram o entendimento de ser expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão condenatória, nos termos do art. 147 da lei 7.210/84 (LEP). (HC 89.504/SP, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 18.12.07 e STF-HC 88.413/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 23.05.06).*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Medida Cautelar julgada procedente*" (MC n. 13.219/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 4/8/2008 – grifei).

"PROCESSUAL PENAL – PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

Se a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, não é possível a sua execução provisória (inteligência dos artigos 147 da LEP).

Expedida guia para execução provisória de pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação, ela deve ser imediatamente suspensa, sob pena de indevido constrangimento ilegal ao apenado. Ordem concedida" (HC n. 89.504/SP, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Jane Silva** - Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ de 11/2/2008– grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL A QUO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. *O exame da alegação referente ao suposto exagero nos valores fixados a título de dias-multa e de prestação pecuniária demandaria a apreciação da situação econômico-financeira da acusada, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").*

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 (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).*

3. *Agravo regimental não provido"* (AgRg nos EDcl no AREsp n. 517.017/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 9/11/2016– grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

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.**

3. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no AREsp n. 688.225/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/9/2016– grifei).

Sem embargo, em julgamento realizado no dia **9/3/2017**, nos autos do **AREsp n. 971.249/SP** (processo n. 2016/0220635-1), de relatoria do e. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, a **Quinta Turma** pacificou o entendimento sobre a matéria, consoante a seguinte a ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, 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. 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: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85289, Rel. Min.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393.

4. Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

5. Agravo regimental não provido" (AgRg na PetExe no AREsp n. 971.249/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/03/2017 – grifei).

Igualmente, em recente julgamento (14/6/2017), a Terceira Seção, por maioria, negou provimento aos **Embargos de Divergência n. 1.619.087/SC** opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, **no sentido de não ser possível a execução provisória das penas restritivas de direito**. Vencida a Sra. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro que davam provimento aos embargos de divergência (ainda não publicado).

Destarte, 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.

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, concedo a ordem, de ofício, **para suspender a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado do édito condenatório**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0181621-7

HC 409.555 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00034086220158240023 34086220158240023

EM MESA

JULGADO: 21/09/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

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 SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: HENRIQUE NOBRE DIAS
PACIENTE	: FLAVIO MENUZZI JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

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 e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

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