



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.972 - SC (2019/0142077-2)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS DOS SANTOS JUNIOR
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A ausência de fundamentação idônea para a escolha e manutenção de duas restritivas de direitos em detrimento de uma restritiva de direito e multa viola o art. 44, § 2º, do CP. Precedentes.
2. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2019 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Presidente e Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.972 - SC (2019/0142077-2)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **ANTONIO CARLOS DOS SANTOS JUNIOR**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
INTERES. : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**
IMPETRADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de decisão de minha relatoria que concedeu o *habeas corpus* para aplicar uma restritiva de direito e multa, a serem definidas pelo Juízo de origem.

Em suas razões, reitera a tese de que a escolha das penas substitutivas está inserida no juízo discricionário do julgador, não sendo passível concessão por meio de *habeas corpus*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 510.972 - SC (2019/0142077-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

A decisão agravada concedeu o *habeas corpus* sob os seguintes argumentos (fls. 231-232):

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de ANTONIO CARLOS DOS SANTOS JUNIOR, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que não conheceu dos embargos declaratórios opostos pela defesa, por acórdão assim ementado (fl. 220):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006) - ACÓRDÃO REFORMADOR DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DO APELANTE. ALEGADA OMISSÃO INDIRETA QUANTO À SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - INVIABILIDADE - DISCRICIONARIEDADE DO TOGADO NA ESCOLHA DA PENA SUBSTITUTIVA, PARA DETERMINAR A REPRIMENDA QUE MELHOR SE AMOLDAR AO CASO CONCRETO - INEXISTÊNCIA DE PREFERÊNCIA POR PENA MAIS BENÉFICA DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL.

A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade (HC 313.675/RJ, rei. Min. Ribeiro Dantas, j. em 01.12.2015).

ADEMAIS, TESE FORMULADA SOMENTE EM SEDE DE EMBARGOS - INOVAÇÃO RECURSAL E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE.

É vedado, em sede de embargos de declaração, ampliar a matéria veiculada nas razões recursais, inovando em questões não suscitadas anteriormente no inconformismo.

EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.

O paciente foi condenado como incurso no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, à 1 ano e 8 meses reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 166 dias-multa, fixados no mínimo legal, e o Tribunal de origem deu provimento ao apelo da defesa para substituir a pena privativa por duas restritivas de direitos. Foram opostos embargos declaratórios os quais não foram conhecidos.

A impetrante requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da condenação, evitando-se que seja cumprida a execução provisória da pena e, no mérito, a concessão da ordem, para obter a substituição da pena privativa por uma restritiva de direitos e multa.

A liminar foi deferida (fls. 231-232).

As informações foram prestadas (fls. 241-271)

O parecer do Ministério Público Federal foi pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECIDO.

Conforme relatado, busca a defesa concessão da ordem, para obter a substituição da pena privativa por uma restritiva de direitos e multa.

O Tribunal de origem não conheceu dos embargos, os quais suscitavam a matéria em voga aos seguintes fundamentos (fls. 223-224):

[...] Com efeito, compulsando a decisão atacada, nela não se verifica qualquer vício a ser sanado por meio dos presentes embargos, apenas o intento da parte recorrente de reiterar pedido já arrazoadado em recurso (fls. 144-149) e já concedido em acórdão.

Relativamente à alegada omissão indireta por não substituir, de ofício, as duas penas restritivas de direitos para uma restritiva e multa, **nota-se que não há na norma legal do art. 44, § 2º, do Código Penal, exigência para que seja fixada ou esta ou aquela pena, nem ordem de preferência entre as penas. A fixação da modalidade de pena substitutiva é poder discricionário do magistrado julgador, cabendo a ele fixar aquela que mais se adequa ao caso concreto, não se exigindo, para tanto, fundamentar o motivo pelo qual aplicou uma pena em detrimento de outra.**[...]

Veja-se que o entendimento do Tribunal *a quo* não está em consonância com o entendimento desta Corte, no tocante à **substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos**, pois não fundamentou, quando provido o recurso de apelação, a sua escolha (fl. 191), tendo a Corte local manifestado em embargos declaratórios que *A fixação da modalidade de pena substitutiva é poder discricionário do magistrado julgador, cabendo a ele fixar aquela que mais se adequa ao caso concreto, não se exigindo, para tanto, fundamentar o motivo pelo qual aplicou uma pena em detrimento de outra* (fls. 223-224).

Observa-se que a escolha por duas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas e prestação pecuniária deflui da escolha do relator, ratificado em acórdão.

Na hipótese dos autos, sendo a pena privativa de liberdade superior a um ano esta pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

É cediço que a substituição da pena corpórea deve atentar para as circunstâncias específicas da conduta, a fim de que seja fixada alternativa que possa ser sentida como sanção.

Todavia, embora a escolha da medida a ser substituída pela pena privativa de liberdade consubstancie o exercício da discricionariedade regrada, por meio da análise fático-probatória dos autos, imprescindível, para tanto, motivação justificável da adequação de alternativa mais gravosa, o que não se percebe na espécie. Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO PRIVILEGIADO E QUALIFICADO. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DE UMA MEDIDA RESTRITIVA E MULTA. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O julgador está autorizado a mensurar com discricionariedade o quantum de redução a ser aplicado, observando o princípio do livre convencimento motivado. Neste caso, as instâncias ordinárias fundamentaram com base na gravidade concreta da conduta a necessidade de afastamento da fração máxima de redução



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena pelo reconhecimento do furto privilegiado, o que não revela ilegalidade sanável pela via do habeas corpus.

2. O art. 44, § 2º, do Código Penal dispõe que, "Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos." **Deste modo, preenchidos os requisitos para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, ficando a sanção em patamar superior a um ano, a pena poderá ser substituída por multa e por uma medida restritiva, ou por duas restritivas, cabendo a escolha ao magistrado sentenciante, mediante apresentação de fundamentação adequada,** tal como ocorreu na hipótese desses autos.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no HC 398.997/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 01/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MODALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Interpostas duas peças de agravo regimental pelo ora recorrente - uma pela Defensoria Pública estadual e outra pela Defensoria Pública da União -, pelo princípio da unirrecorribilidade, não se conhece do segundo recurso interposto.

2. Nos casos de condenação superior a 1 ano, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal.

3. O magistrado possui discricionariedade para, à luz das peculiaridades do caso concreto, decidir por uma das possibilidades de substituição da pena previstas no art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal. Não há como eximi-lo da obrigação de, diante do caso analisado, apresentar fundamentação idônea que justifique o porquê de sua escolha, conforme o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.

4. A quantidade de delitos pelos quais o paciente foi condenado e o quantum de pena imposta configuram fundamentos idôneos para a escolha menos favorável, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser reconhecido in casu.

5. Agravo regimental da Defensoria Pública da União não conhecido e agravo regimental da Defensoria Pública estadual não provido. (AgInt no HC 408.402/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)

Sendo assim, a ausência de fundamentação idônea para a escolha e manutenção de duas restritivas de direitos em detrimento de uma restritiva de direito e multa, viola o art. 44, § 2º, do CP.

Ante o exposto, concedo o *habeas corpus* para aplicar uma restritiva de direito e multa a serem definidas pelo Juízo de origem.

Com efeito, pacífico o entendimento desta Corte da necessária fundamentação idônea para a escolha e manutenção de duas restritivas de direitos em detrimento de uma restritiva de direito e multa, nos termos do art. 44, § 2º, do CP.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, considerando que o agravante não apresentou qualquer elemento capaz de alterar a conclusão do julgado, mantenho o posicionamento firmado na decisão agravada.

Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2019/0142077-2

AgRg no
HC 510.972 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00012682520158240033 0001268252015824003350000 082015000397924
12682520158240033 1268252015824003350000 4811500099 82015000397924

EM MESA

JULGADO: 03/09/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ANTONIO CARLOS DOS SANTOS JUNIOR

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : ANTONIO CARLOS DOS SANTOS JUNIOR
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ANA PAULA BERLATTO FÃO FISCHER - RS079176
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.