



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.389 - SC (2018/0324238-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FELIPE AMARAL AGUIAR

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, LEI N. 10.826/03). PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE SUPERIOR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE. 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 - A decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, segundo a qual *"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"* (AgRg no HC n. 415.618/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 04/06/2018).

III - A inteligência da **Súmula nº 171** desta Corte Superior, que assim dispõe: *"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 n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 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 no julgamento do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AREsp n. 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,** confirmando a liminar (fls. 241-243), suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.

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, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.389 - SC (2018/0324238-6)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FELIPE AMARAL AGUIAR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de FELIPE AMARAL AGUIAR, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da apelação criminal n. 0006454-88.2017.8.24.0023.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, substituída pena corporal por duas restritivas de direitos - prestação de serviços e prestação pecuniária, como incurso nas sanções do art. 14, da Lei n. 10.826/03 (fls. 13-145).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo para reduzir a pena do paciente para 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantida a substituição por duas restritivas de direitos, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI 10.826/03, ART. 14, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. PROVA DA AUTORIA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE.

2. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REVÓLVER MUNICIADO. 3. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM UMA SUBSTITUTIVA E MULTA. PRECEITO SECUNDÁRIO. PENA PECUNIÁRIA CUMULATIVA.

1. As declarações dos agentes públicos, no sentido de que o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acusado, ao avistar a aproximação policial, evadiu-se e, ao ser abordado, foi localizado em sua cintura um revólver municiado calibre nominal .38, são provas suficientes da autoria do crime previsto no art. 14, caput, da Lei 10.826/03.

2. A apreensão da arma de fogo, mesmo que desmuniada, é suficiente para o configurar o crime. Porém, o fato de o revólver apreendido encontrar-se municiado não configura situação que extrapola a normalidade do tipo penal a merecer maior censura na dosagem da pena.

3. Não é recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por multa quando o tipo penal comina pena pecuniária cumulativa à sanção corporal.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE" (fl. 220).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de aplicação de uma pena restritiva e uma multa, embora a reprimenda tenha sido fixada em 2 (dois) anos de reclusão.

Para tanto, sustenta, que "[...] a escolha entre as duas consequências jurídicas não está ao livre alvedrio do julgador (independentemente da explicitação das razões): o direito subjetivo do acusado também implica o direito à situação mais favorável, demandando fundamentação concreta do juiz eventual decisão pela consequência menos benéfica. É dizer: há uma ordem de precedência entre as duas possibilidades previstas na primeira parte do § 2.º do art. 44 do CP" (fl. 9).

Assevera, ainda, que "[...] sendo a pena de multa mais favorável ao acusado (já que não pode ser convertida em prisão 5) do que a pena restritiva de direitos, o juiz somente poderá optar pela pena menos favorável — substituição por duas restritivas de direito, e não por uma restritiva de direitos e uma multa — mediante fundamentação concreta e válida" (fls. 10-11).

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja substituída a pena privativa de liberdade por uma restritiva de uma multa, nos termos do § 2º do art. 44, do Código Penal.

O pedido liminar foi **concedido**, às fls. 241-243, apenas para suspender a execução provisória da pena restritiva de direito, até o julgamento final deste **writ**.

Informações prestadas às fls. 298-299.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal, às fls. 288-292, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**, em parecer assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. PORTE DE ARMA. PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DISCRICIONARIEDADE NA ESCOLHA DAS PENAS. AGENTE DESEMPREGADO E PATROCINADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA PENA PECUNIÁRIA. MEDIDA SOCIALMENTE INADEQUADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. É pacífica a jurisprudência no sentido de que não deve ser conhecido o habeas corpus impetrado como substitutivo de revisão criminal, cabendo, porém, a verificação da existência de flagrante ilegalidade que justifique a concessão da ordem, de ofício.

2. A escolha dentre as opções traçadas pelo legislador, no tocante à conveniência da substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, enquadra-se na discricionariedade regrada do julgador, somente passível de revisão, em sede de habeas corpus, quando não observados os parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

3. Não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, já que o preceito secundário do tipo penal possui previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos.

4. As particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, no caso, o fato de estar desempregado e patrocinado pela Defensoria Pública, demonstra não haver ilegalidade a ser sanada na via do writ.

5. Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus" (fl. 288).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.389 - SC (2018/0324238-6)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : FELIPE AMARAL AGUIAR

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, LEI N. 10.826/03). PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE SUPERIOR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE. 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 - A decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, segundo a qual *"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"* (AgRg no HC n. 415.618/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 04/06/2018).

III - A inteligência da **Súmula nº 171** desta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, que assim dispõe: "*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 n. 126.292/SP, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Teori Zavascki**, DJe de 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 no julgamento do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do AREsp n. 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**, confirmando a liminar (fls. 241-243), suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso próprio (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio** DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. **Dias Toffoli**, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Min. **Rosa Weber**, DJe de 13/5/2014).

As turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do **writ** substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, **Quinta Turma**,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Rel.^a. Min.^a. **Laurita Vaz**, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, **Sexta Turma**, Rel.^a. Min.^a. **Maria Tereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso especial, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

Transcrevo, para melhor delimitar a **quaestio**, os seguintes trechos do v. acórdão impugnado, sobre o tema:

"3. O pleito do Apelante, de modificação da pena restritiva de direitos 'por uma restritiva de direito e uma pena de multa', não é digno de provimento.

Com efeito, 'a substituição da pena privativa de liberdade por medida restritiva de direitos não pode ser utilizada como forma de facilitar demasiadamente o cumprimento da sanção irrogada, mas sim que esta seja aplicada de um modo capaz de coibir a reiteração da prática delitiva, sob pena de se desvirtuar dos reais objetivos da reprimenda, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização' (TJSC, Rec. de Ag. 2012.066817-7, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 12.3.13).

Em arrimo, a escolha entre as penas alternativas legalmente previstas não cabe à parte, tampouco está submetida à vontade e conveniência dela, sendo tema da alçada de discricionariedade do Magistrado, o qual deve escolher a mais adequada ao caso, passível de alteração somente ante fundamento relevante, o que não é o caso.

Aliás, nos termos da Súmula 171 do Superior Tribunal de Justiça, 'cominadas cumulativamente, em lei especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'.

O Verbete tem aplicação até os dias atuais:

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Em se tratando de delito previsto em lei especial, constando do preceito secundário do tipo a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pecuniária, inviável a substituição da pena corporal por multa. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

2. Agravo regimental improvido' (AgRg no REsp 1.750.730, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28.8.18).

Ainda:

'PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 44, § 2º, DO CP.

SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. "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" (AgRg no HC 415.618/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 04/06/2018). Súmula 171/STJ. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1.276.999, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, j. 2.8.18).

Registre-se que, mesmo quando o caso diz respeito aos crimes previstos no Código Penal, o Superior Tribunal de Justiça delibera que não é acertada a imposição de multa substitutiva se o tipo penal prevê multa cumulativa à pena privativa de liberdade:

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 (HC 416.530, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 7.12.17).

Nessa perspectiva, acertada foi a decisão de Sua Excelência que, valendo-se do seu poder discricionário, optou por substituir, no caso concreto, a pena privativa de liberdade imposta ao Recorrente por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, esta no importe equivalente ao do salário mínimo.

Deve-se ter em mira que o Magistrado de Primeiro Grau encontra-se mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

próximo às circunstâncias do evento delitivo, das condições do Apelante e da realidade da comunidade na qual este está inserido, sendo necessário privilegiar sua escolha a esse respeito pelo princípio da confiança no Juízo da causa.

Além disso, nos termos do art. 148 da Lei de Execução Penal, em qualquer fase do cumprimento da pena poderá o Magistrado, motivadamente, alterar a forma de seu resgate, ajustando as medidas às condições pessoais do condenado, além das características do estabelecimento, da entidade ou do programa comunitário ou estatal" (fls. 229-232).

Na hipótese, o paciente foi condenado pelo crime descrito no art. 14, da Lei n. 10.826/03, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, **e multa**.

Ao fixar a pena, o v. acórdão impugnado estabeleceu a pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, **e manteve a substituição da reclusiva por duas restritivas de direitos**.

Todavia, não se vislumbra constrangimento ilegal, uma vez que a decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, segundo a qual *"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"* (AgRg no HC n. 415.618/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 04/06/2018).

No mesmo sentido, é a inteligência da **Súmula nº 171** desta Corte Superior, que assim dispõe:

"Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa."

Ressalte-se que tal entendimento vem sendo reiteradamente confirmado por esta Corte, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE. RECURSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ESPECIAL IMPROVIDO.

1. *Em se tratando de delito previsto em lei especial, constando do preceito secundário do tipo a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com pena pecuniária, inviável a substituição da pena corporal por multa. Inteligência da Súmula 171 do STJ.*

2. *Agravo regimental improvido"* (AgRg no REsp n. 1.750.730/RS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 28/08/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 (UM) ANO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

[...]

2. *No caso dos autos, o paciente foi condenado em primeira instância a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto, substituída a pena corporal por restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, que restou reformado pelo Tribunal de origem a um pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação à comunidade e pagamento de 2 (dois) salários-mínimos à entidade social (e-STJ fls. 33-40).*

3. *Assim, condenado o paciente a uma pena superior a 1 (um) ano, poderá o magistrado, observando a conveniência e a oportunidade da substituição, e atendendo o preceito legal, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa, ou, duas penas restritivas de direito, sendo defeso a substituição da pena corporal por multa, quando em lei especial a pena privativa for cominada cumulativamente com pena pecuniária. Inteligência da Súmula 171 do STJ.*

4. *No caso, não se observa constrangimento ilegal a justificar a concessão do habeas corpus de ofício, porquanto 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. Precedentes do STF e STJ.*

5. *Habeas Corpus não conhecido"* (HC n. 313.675/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 09/12/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto a execução provisória da pena, o Supremo Tribunal Federal evoluiu em seu entendimento anterior para decidir, no julgamento do HC n. 126.292/SP, de relatoria do em. Min. Teori Zavascki, *"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 **habeas corpus** n. 141978 AgRg/SP, Relator Ministro Luiz Fux, em sessão realizada na Primeira Turma, em 26/6/2017, aplicou o mesmo entendimento para concluir que *"a execução provisória de 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 posição para os casos de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

Isso porque, antes da modificação do entendimento 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, 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).

Nesse sentido, confirmam-se os recentes julgados desta Corte Superior:

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO APÓS O PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS PREVISTO NA LEI 8.038/1.990. AUSÊNCIA DE VÍCIO NO JULGADO. PEDIDO MINISTERIAL PARA INÍCIO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade na decisão prolatada. Não pode tal meio de impugnação ser utilizado como forma de se insurgir quanto à matéria de fundo, quando esta foi devidamente debatida no acórdão embargado.

2. A norma especial da Lei n. 8.038/1.990, que prevê o prazo de 5 (cinco) dias para a interposição do agravo regimental, não foi expressamente revogada pela Lei n. 13.105/2015. Precedentes.

3. Na hipótese, não há nenhuma irregularidade ensejadora dos embargos de declaração, visto que a causa foi satisfatoriamente decidida, em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4. **"No julgamento do EREsp n. 1.619.087/SC, a Terceira Seção assentou não ser possível, enquanto não houver manifestação expressa do Supremo Tribunal acerca da amplitude do Tema n. 925, a execução provisória da pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos, haja vista a disposição do art. 147 da LEP." (AgRg nos EDcl no AREsp 744.921/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/9/2017, DJe 27/9/2017.).**

Embargos de declaração rejeitados. Pedido do Ministério Público Federal de execução provisória da pena restritiva de direitos indeferido" (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 971.249/SP, Corte Especial, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 28/11/2017, grifei).

"PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Após o julgamento do Habeas Corpus n. 126.292/SP (STF, Relator Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/2/2016), 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

2. Contudo, no caso dos autos, a pena privativa de liberdade imposta ao recorrente foi substituída por duas restritivas de direitos. Assim, considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal e que, no Supremo Tribunal Federal, ao tempo em que vigorava o entendimento pela possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade, não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, não é possível, agora, a execução provisória de penas restritivas de direitos.

3. Recurso provido para determinar a suspensão da execução provisória da pena restritiva de direitos, até o trânsito em julgado da condenação" (RHC n. 90.035/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 05/03/2018).

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. No julgamento do EREsp 1.619.087/SC, pacificou-se o entendimento no sentido da inadmissibilidade de execução provisória de penas restritivas de direitos, em observância ao disposto no art. 147 da Lei n. 7.210/84 - Lei de Execuções Penais - LEP.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no RHC n. 90.881/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Pacionik**, DJe de 1º/02/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. USO INDEVIDO DE EMBLEMA DA POLÍCIA FEDERAL. CRIME DE MERA CONDUTA. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO. DESNECESSIDADE. EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA. REPRIMENDA SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO INDEFERIDO. REDUÇÃO DAS PENAS BASE E DE MULTA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O tipo previsto no art. 296, § 1º, III, do Código Penal, é crime de mera conduta, sendo suficiente, para sua caracterização, o uso indevido das marcas, logotipos, siglas ou outros símbolos identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública, mostrando-se desnecessária a demonstração de dolo específico, bem como de ocorrência de prejuízo a terceiros. Precedentes do STJ e STF.

2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EAREsp n. 1.619.087/SC, pacificou o entendimento quanto à execução antecipada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da pena restritiva de direitos, no sentido de que estas só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos estritos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.

3. O pedido de redução das penas não foi analisado pelo Tribunal de origem, sendo inviável o seu exame nesta via, sob pena de indevida supressão de instância, devendo os autos retornarem ao Tribunal a quo, para que faça a sua análise como entender de direito.

*4. Agravo regimental improvido. Pedido ministerial de execução antecipada da pena indeferido" (AgRg no AREsp n. 800.235/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 19/02/2018).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.619.087/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (DJe 24/8/2017), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça concluiu pela impossibilidade de execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

*2. Agravo regimental não provido" (AgRg no HC n. 420.045/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe de 19/12/2017).*

Outrossim, no julgamento nos autos do AgRg no REsp n. 1.618.434/MG e do AREsp n. 971.249/SP, respectivamente, ambos de relatoria do insigne Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, esta Quinta Turma pacificou, nesse sentido, o entendimento sobre a matéria.

No caso dos autos, o paciente foi condenado como incurso nas sanções do crime previsto no art. 14, da Lei n. 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. De acordo com as informações colhidas no site o eg. Tribunal de origem (<https://esaj.tjsc.jus.br>), a condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

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

Contudo, concedo **a ordem de ofício** para, confirmando a liminar (fl. 241-143), suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0324238-6

HC 482.389 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00064548820178240023 082017001118960 64548820178240023

EM MESA

JULGADO: 05/02/2019

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

ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE : FELIPE AMARAL AGUIAR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes do Sistema Nacional de Armas

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.