



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.387 - SC (2018/0324229-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : GABRIEL HENRIQUE DA SILVA

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI 10.826/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PLEITO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de 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. O entendimento desta Corte Superior é de que "a dosimetria da pena 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 320.209/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, Dje de 23/5/2017). No caso, a pena de 2 anos de reclusão foi substituída por duas restritivas de direitos, tendo em vista a maior reprovabilidade do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu.

3. "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." (AgRg no REsp n. 1.750.730/RS, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assis Moura, DJe de 28/08/2018).

4. A Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/6/2017, adotou a orientação quanto à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. 5. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP, DJe 26/11/2018, Relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

6. *Habeas Corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução 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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.387 - SC (2018/0324229-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
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 : GABRIEL HENRIQUE DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de GABRIEL HENRIQUE DA SILVA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 0012901-15.2014.8.24.0018.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, pela prática do crime descrito no art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, à pena de 2 anos de reclusão e multa, em regime inicialmente aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 salário mínimo (e-STJ fls. 157/158).

Irresignado, o paciente, assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, interpôs o recurso de apelação criminal, no qual pleiteou a substituição da pena privativa de liberdade por, somente, uma restritiva de direitos e multa.

Contudo, a Segunda Câmara Criminal do TJSC negou provimento ao apelo defensivo e, de ofício, determinou a execução antecipada das penas restritivas de direito, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 209/226):

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (LEI 10.826/03, ART. 14, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. 2. ILICITUDE DA PROVA (CPP, ART. 157). NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. FUNDADA SUSPEITA (CPP, ART. 244). 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. MULTA SUBSTITUTIVA. MULTA-TIPO CUMULATIVA (STJ, SÚMULA 171).

1. Não é nulo o comando judicial que recebe a exordial acusatória



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sem apontar os elementos que indicam a justa causa, sem menção valorativa sobre a regularidade da denúncia ou a existência de pressupostos processuais, pois tal ato prescinde de fundamentação.

2. Esclarecidos e comprovados os motivos reveladores da fundada suspeita, não há nulidade na busca pessoal promovida pelos policiais militares, a qual foi confirmada pela apreensão de arma de fogo em poder do agente.

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

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Daí o presente *mandamus*, no qual a Defensoria Pública sustenta, em síntese, a ilegalidade da sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó/SC, visto que deixou de fundamentar a não aplicação de somente uma pena restritiva e multa, consoante a segunda parte do art. 44, § 2º, do Código Penal.

No caso, o Juízo sentenciante teria optado pela substituição por duas restritivas de direitos sem nenhuma fundamentação. Nesse sentido, a impetrante aduz que "Um modelo democrático de direito, que rechaça poderes incontroláveis ao juiz, tem como núcleo o dever de motivação judicial. Sempre que o juiz decidir, dentre as possibilidades previstas em lei, pela medida menos favorável ao acusado, deve justificar, explicitando os motivos, permitindo o conhecimento e o controle intersubjetivo de sua decisão."

Por fim, pugna, liminamente, pela suspensão dos efeitos da condenação ou, subsidiariamente, pela suspensão da ordem de execução imediata das penas restritivas de direitos impostas pelo acórdão ora impugando; no mérito, seja concedida a ordem para declarar a ilegalidade do acórdão, a fim de substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva e multa, nos termos do art. 44, §2º, do CP.

O pedido liminar foi deferido "para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da ação penal para que se inicie a execução da pena restritiva de direitos." (e-STJ fls. 234/238).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 247/252, 254/277).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do presente *habeas corpus*, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 281):

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. ARTIGO 14, DA LEI 10.826/03. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MULTA. SUBSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 171/STJ. EXECUÇÃO IMEDIATA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO CONHECIMENTO.

O habeas corpus não é instrumento adequado a servir de sucedâneo de recurso. A jurisprudência do STF e do STJ tem adotado orientação restritiva do habeas corpus, de modo a evitar a abusiva utilização dessa ação constitucional como substitutiva do recurso cabível.

No caso, a pena de 2 anos de reclusão foi substituída por duas restritivas de direitos, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta delituosa, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu.

A decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial dessa 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 415.618/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 04/06/2018).

Nos termos do enunciado 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. "

Parecer pelo não conhecimento do habeas corpus, tornando-se sem efeito a liminar deferida.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 482.387 - SC (2018/0324229-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA (Relator):

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015; e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Destarte, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

No caso em apreço, o paciente foi condenado nas sanções do art. 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003, às penas de 2 anos de reclusão e multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 1 salário mínimo.

A combatida defesa busca, no mérito, a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa (multa substitutiva), nos termos do §2º do art. 44 do Código Penal, e não por duas restritivas de direitos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No ponto, assim se manifestou o Tribunal de origem (e-STJ fl. 225/226):

"Quanto ao mérito, o Recorrente Gabriel Henrique da Silva limita-se a pleitear a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, e não por duas restritivas de direitos, conforme aplicado na sentença resistida.

Não obstante os argumentos recursais, a substituição da sanção corporal por prestação pecuniária e prestação de serviços á comunidade mostra-se correta, até mesmo pela resposta que deve ser dada a sua conduta.

De fato, "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).

O presente feito trata de um agente apreendido na posse de um revólver calibre .38 municiado, ou seja, pronto para uso. Trata-se de conduta que fere a incolumidade pública e causa insegurança à coletividade.

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

O Verbete tem aplicação até os dias atuais:

(...)

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

(...)

Afasta-se, portanto, a aplicação da multa substitutiva.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso."

Desse modo, a decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, segundo a qual *"se ao tipo penal é cominada pena de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 4/6/2018).

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. TRÂNSITO EM JULGADO. PREJUDICIALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A questão referente à execução provisória está prejudicada porque ocorreu o trânsito em julgado da condenação em 29/8/2017, conforme informações do site do Tribunal a quo (Processo n.

0004180-73.2012.8.24.0041).

2. O entendimento desta Corte Especial é de que "a dosimetria da pena 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 320.209/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 23/5/2017). O § 2º do art. 44 do Código Penal - CP 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.

No caso, a pena de 2 anos de reclusão foi substituída por duas restritivas de direitos, tendo em vista a maior reprovabilidade do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 410.409/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe de 6/11/2018) (grifos nossos).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 171/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo 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, em homenagem ao princípio da ampla defesa.

II - In casu, o paciente foi condenado pelo crime descrito no art.14, caput, da Lei n.º 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. Alegou que a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, demandaria fundamentação idônea, e requereu a substituição por multa e uma restritiva de direitos, por considerar mais favorável.

III - O v. acórdão, todavia, está em consonância com a 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".

Habeas corpus não conhecido.

(HC 456.802/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe de 23/10/2018)(grifos nossos).

No mesmo sentido, é a inteligência do enunciado da Súmula 171 dessa Corte Superior, que assim dispõe:

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

Observa-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 EMULTA. 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 28/8/2018).

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.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. 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 9/12/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, verifica-se que o acórdão ora impugnado está em sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, não estando configurada a ilegalidade apontada.

Noutro diapasão, a Defensoria Pública estadual pretende que seja suspensa a execução provisória das penas restritivas de direitos fixadas para o paciente.

Assevero que, 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, esta Corte Superior de Justiça tem se posicionado no sentido de que tal possibilidade não se estende às penas restritivas de direitos, tendo em vista a norma contida no artigo 147 da Lei de Execução Penal, que preceitua:

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Com efeito, destaca-se que o tema já foi apreciado, inclusive perante a Terceira Seção desta Corte Superior, que, considerando "a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP", concluiu não se afigurar possível "a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação" (EREsp 1619087/SC, Rel. p/ Acórdão Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 24/8/2017).

Nesse sentido, confirmam-se os recentes precedentes:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PELO STF. JUÍZO DE RETRATAÇÃO NÃO EXERCIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 2. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NÃO POSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À SÚMULA VINCULANTE 10/STF. 3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. CF/88, ART. 97. VIGÊNCIA DA LEI 7.210/1984 (ART. 147). 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM MANTIDA.

1. O fato de haver decisões monocráticas ou de órgãos fracionários do Supremo Tribunal Federal considerando que o entendimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

firmado no Agravo em Recurso Especial n. 964.246/SP, submetido ao rito da repercussão geral, abrange também a execução provisória de penas restritivas de direitos, não enseja, data venia, a retratação do julgado. A diretriz firmada em repercussão geral não faz referência ao disposto no art. 147 da Lei de Execuções Penais, o qual se mantém hígido e não pode deixar de ser aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violação da cláusula de reserva de plenário.

2. De outra parte, há pronunciamento expresso da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 971.249/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/11/2017) no sentido da vigência do art. 147 da LEP, não vislumbrando o Órgão máximo deste Tribunal razão para afastar o dispositivo em tela por inconstitucionalidade ou "interpretação conforme". Este dado é muito importante no caso concreto, em que se pretende que a Terceira Seção reveja sua posição consolidada (EResp. 1.619.087/SC, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, Terceira Seção, julgado em 14/06/2017, DJe 24/08/2017) e oferte interpretação "conforme" ou "inconstitucionalidade por arrastamento", contrariando, todavia, a diretriz da Corte Especial supramencionada. Dessa forma, enquanto não houver declaração expressa de inconstitucionalidade do referido comando normativo, quer pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quer pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (CF/88, art. 97), não é possível deixar de aplicá-lo, sob pena de violação da Súmula Vinculante n. 10 do Pretório Excelso. Doutrina e jurisprudência.

3. Em suma: a) o Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC n. 126.292/SP, no ARE n. 964.246/SP e nas Ações Diretas de Constitucionalidade 43 e 44, decidiu apenas acerca da pena privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito; b) somente em sede de tutela cautelar nas aludidas ADCs é que foi examinado o art. 283 do CPP e não houve, na ocasião, qualquer arrastamento quanto ao art. 147 da Lei 7.210/1984; c) ao tempo em que vigorava o entendimento de ser possível a execução provisória da pena (até 05/02/2009, com o julgamento do HC 84.078/MG), como agora, a Suprema Corte não a autorizava para as penas restritivas de direito. Precedentes do STF e do STJ; d) incidência, portanto, na espécie, da Súmula Vinculante n. 10.

4. Agravo regimental a que se nega provimento, para manter a concessão da ordem. Aplicação do disposto no art. 1.041 do NCPC, c/c art. 3º do CPP. Retorno dos autos à Vice-Presidência do STJ.

(AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2018, DJe 26/11/2018)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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 Zavascki, 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 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 468.066/SC, Quinta



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Turma, Min. Felix Fischer, DJe 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 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 rejuízo 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 1763168/PR, Quinta Turma, de minha relatoria, 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indeferidos os pedidos de extinção da punibilidade pela prescrição e de execução provisória da pena restritiva de direitos. (EDcl no AREsp 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 459.554/SC, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 3/10/2018)

Destarte, infere-se que a condenação ainda não transitou em julgado para a defesa, o que impede o início da execução das penas restritivas de direitos.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*. Entretanto, **concedo a ordem**, de ofício, para, confirmando a liminar, suspender a execução das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

É como voto.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0324229-7

HC 482.387 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00129011520148240018 129011520148240018 4201400473

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **REYNALDO SOARES DA FONSECA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

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 THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	GABRIEL HENRIQUE DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL PENAL - Execução Penal - Pena Restritiva de Direitos

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 Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.