



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.732 - SP (2015/0196479-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE PRATES

EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. CONDENAÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 46, **CAPUT**, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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 ordinário (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**, Rel. Min. **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. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, 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.

III - No termos do art. 46 do Código Penal, a pena restritiva de direitos consistente na prestação de serviços à comunidade é aplicável apenas às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade. (Precedentes)

IV - Na hipótese, o paciente foi condenado às penas de 4 (quatro meses) de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 3 dias-multa. Sendo a pena corporal substituída pela restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviço à comunidade.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para anular a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade e determinar ao juízo de origem que proceda à nova substituição por outra modalidade de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pena restritiva de direitos ou multa.

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 Gurgel de Faria.

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.732 - SP (2015/0196479-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** impetrado em benefício de ALEXANDRE PRATES, contra o v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do artigo 155, **caput**, na forma do artigo 14, II, ambos do Código Penal, às **penas de 4 meses de reclusão e o pagamento de 3 dias-multa**, sendo a pena privativa de liberdade **substituída por** restritiva de direitos consistente em **prestação de serviços à comunidade**.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal **a quo**, o qual negou provimento ao apelo.

No presente **writ**, sustenta o impetrante a existência de constrangimento ilegal decorrente da ausência de fundamentação idônea para justificar a aplicação da pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade em detrimento da pena de multa, providência que se afigura menos gravosa ao paciente.

Requer *"que a reprimenda corporal imposta ao paciente possa ser substituída apenas pela pena de multa"* (fl. 9).

Informações prestadas às fls. 33-56.

O d. Ministério Público Federal, às fls. 61-64, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 332.732 - SP (2015/0196479-5)

EMENTA

PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TENTATIVA DE FURTO. CONDENAÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO À COMUNIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ARTIGO 46, **CAPUT**, DO CP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

I - 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 ordinário (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**, Rel. Min. **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. Min. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de **habeas corpus** substitutivo quando cabível o recurso próprio, 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.

III - No termos do art. 46 do Código Penal, a pena restritiva de direitos consistente na prestação de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

serviços à comunidade é aplicável apenas às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade. (Precedentes)

IV - Na hipótese, o paciente foi condenado às penas de 4 (quatro meses) de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 3 dias-multa. Sendo a pena corporal substituída pela restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviço à comunidade.

Habeas corpus não conhecido. **Ordem concedida de ofício** para anular a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade e determinar ao juízo de origem que proceda à nova substituição por outra modalidade de pena restritiva de direitos ou multa.

VOTO

O 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 ordinário (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**, Rel. Min. **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. Min. **Maria Thereza 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 próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

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

Busca-se, na presente impetração, em síntese, a substituição da pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade, pela pena de multa.

Para melhor delimitar a **quaestio**, transcrevo, oportunamente, o seguinte excerto da r. sentença condenatória:

"Passo a dosimetria da pena.

[...]

"É caso de aplicação do art. 44 do CP, pois o réu não é reincidente e, assim, substituo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços a comunidade ou entidade assistencial, fixada pela VEC desta capital. Em caso de revogação, deverá cumprir a pena em regime aberto, nos termos do art. 115 e seguintes da LEP". (fl. 38 - grifei).

Em sede de embargos de declaração o MM Juiz da 8ª Vara Criminal, acolheu o recurso da defesa consignando que:

"De fato, a fundamentação da sentença foi no sentido de proceder à maior diminuição relativa ao crime tentado, acabando por diminuir a pena em apenas metade.

Dessa forma, acolho os embargos de declaração para retificar a sentença e seu dispositivo, que passa a ter a seguinte redação:

*"Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente em parte a ação penal e condeno ALEXANDRE PRATES como incurso nas sanções do art. 155, caput, c.c. o art. 14, inc. II, do Código Penal, **impondo-lhe a pena de 04 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 03 (três) dias-multa**, calculados no mínimo legal e corrigidos desde a data do fato, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos consistente em prestação de serviço à comunidade."*

No mais, permanece a sentença da forma como foi lançada" (fls. 40-41 - grifei).

O eg. Tribunal de origem, ao negar provimento à apelação da defesa, consignou que:

"A substituição da pena de reclusão por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) é irrepreensível e deve ser mantida, pois está de acordo com o disposto no artigo 44, § 2º, do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ao demais, não cabe ao violador da lei escolher a reprimenda que deseja receber de acordo com a sua conveniência pessoal, já que a sanção penal não é um direito do réu, mas a retribuição que deve receber por transgredir a lei e ofender a ordem pública por meio da prática de infração penal.

O regime prisional aberto é benéfico ao apelante e compatível ao caso.

Nenhum reparo, pois, merece a r. sentença proferida pelo douto juízo a quo, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos" (fls. 45-46 - grifei).

De fato, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, nas condenações cuja pena for inferior a um ano, compete ao magistrado substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito ou multa.

"Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

[...]

§ 2º 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)"

In casu, a sanção corporal foi fixada em 4 (quatro) meses de reclusão, no regime aberto, mais 3 (três) dias-multa. Considerando o montante da pena imposta, inviabilizaria a substituição da forma operada, porquanto o **artigo 46 do Código Penal** determina que: *"A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade"*. Dessa forma, não poderia ter sido aplicada ao paciente a pena restritiva de direito na modalidade de prestação de serviço à comunidade, pois expressamente vedado pelo referido dispositivo legal.

Acerca do tema, a jurisprudência do STJ entende que não é possível a substituição da pena privativa de liberdade inferior a 6 (seis) meses por prestação de serviço à comunidade.

Nesse sentido:

"HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. CONDENAÇÃO A PENA DE DETENÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. SUBSTITUIÇÃO POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Nos termos do art. 46, caput, do Código Penal, a pena privativa de liberdade inferior a 06 meses não pode ser convertida em pena restritiva de direitos na modalidade prestação de serviços à comunidade. Precedentes.

2. Concedida a ordem para, mantida a condenação, reformar a sentença condenatória, tão-somente na parte relativa à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos na modalidade de prestação de serviços à comunidade, para que outra espécie de pena substitutiva seja fixada, nos termos da lei" (HC n. 119.125/PA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe de 23/3/2009).

"CRIMINAL. HC. DIFAMAÇÃO. IMPRENSA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. ORDEM CONCEDIDA.

Não se pode substituir pena privativa de liberdade, fixada em 03 (três) meses de detenção, por prestação de serviços à comunidade, tendo em vista que esta somente é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade.

Deve ser anulada a sentença de primeiro grau somente no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, a fim de que outra decisão seja proferida, mantendo-se a condenação.

Ordem concedida, nos termos do voto do relator" (HC n. 20.189/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJe de 17/3/2003).

No mesmo sentido, destaco o seguinte precedente do STF:

"HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA E AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. NULIDADES INEXISTENTES. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NÃO SUPERIOR A SEIS MESES. SUBSTITUIÇÃO POR PENA ALTERNATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

Evidenciado que o defensor público se houve bem na defesa do paciente, ao alegar a inidoneidade dos depoimentos de parentes da vítima, não há que se falar em nulidade. De igual modo, não constitui constrangimento ilegal a ausência de publicação da sentença, se a defesa interpôs, tempestivamente, o recurso de apelação (CPP, artigos 563 e 570). A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas tem cabimento em condenações superiores a 6 (seis) meses de detenção (CP, artigo 46). Na espécie, o paciente foi condenado a 4 (quatro) meses de detenção, impondo-se a concessão da ordem para determinar a substituição da pena alternativa de prestação de serviços à comunidade.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem concedida" (HC n. 85.612/RJ, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Eros Grau**, DJe de 10/6/2005).

Ante o exposto, não conheço do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício**, para anular a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação de serviços à comunidade e determinar ao juízo de origem que proceda à nova substituição por outra modalidade de pena restritiva de direitos ou multa.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0196479-5

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 332.732 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 01053175120118260050 1053175120118260050 20140000462972

EM MESA

JULGADO: 01/12/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LAURA SARTI CORTES
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ALEXANDRE PRATES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Furto

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gurgel de Faria.