



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.548 - SC (2018/0104094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE CESAR FARIAS JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MULTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

3. O art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nas condenações superiores a 1 ano, por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, cabendo ao Magistrado processante, de forma motivada, eleger qual medida é mais adequada ao caso concreto.

4. Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cediço, é defeso em sede de *habeas corpus*.

5. Ao tempo em que vigorava o entendimento, no Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade (ou seja, antes do julgamento do HC 84.078/MG, Re. Ministro Eros Grau, julgado em 5.2.2009), não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.

6. Observado esse posicionamento anterior do STF e considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal ("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"), não se admite a execução provisória de penas restritivas de direitos.

7. A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turmas acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para determinar que a execução das penas restritivas de direitos ocorra apenas após o trânsito em julgado do decreto condenatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 22 de maio de 2018 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.548 - SC (2018/0104094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE CESAR FARIAS JUNIOR

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio em favor próprio impetrado em favor de **ALEXANDRE CESAR FARIAS JUNIOR** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

O paciente foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses, em regime prisional aberto, e ao pagamento de 11 dias-multa, como incurso no art. 168, *caput*, do Código Penal, tendo sido convertida a pena corporal em duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e em prestação pecuniária em favor da vítima.

Irresignada, a defesa apelou ao Colegiado de origem, que desproveu o recurso, tendo sido determinada, de ofício, a execução provisória das penas. Eis a ementa do julgado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. ART. 168, *CAPUT*, CÓDIGO PENAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A VERACIDADE DA VERSÃO DA OFENDIDA E DA TESTEMUNHA. AQUISIÇÃO DE NOTEBOOK, EXCLUSIVAMENTE PELA VÍTIMA, ENQUANTO NAMORAVA COM O RÉU. USO COMUM DO CASAL, DURANTE O RELACIONAMENTO (3 MESES). CONSENTIMENTO DA VÍTIMA PARA QUE O APELANTE LEVASSE O APARELHO PORTÁTIL ATÉ SUA CASA. TÉRMINO DA RELAÇÃO. RECUSA NA DEVOLUÇÃO DO OBJETO POR MODIFICAÇÃO POSTERIOR NO COMPORTAMENTO DO AGENTE. QUEBRA DE CONFIANÇA. ELEMENTOS DO TIPO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA. SENTENÇA QUE SUBSTITUIU A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. ART. 44, § 2º, CP. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. DESCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. REPRIMENDA QUE NÃO SE MOSTRA DESPROPORCIONAL. PARÂMETROS LEGAIS OBSERVADOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL DE IMEDIATO CUMPRIMENTO DE PENA SUBSTITUTIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (e-STJ, fls. 154-155).

Neste *writ*, a Defensoria Pública estadual sustenta, em síntese, que: a) "a escolha entre as duas consequências jurídicas não está ao livre alvedrio do magistrado (independentemente da explicitação das razões): o direito subjetivo do acusado também implica o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 segunda parte do § 2.º do art. 44 do CP"; b) "sendo a pena de multa mais favorável ao Paciente (já que não pode ser convertida em prisão) 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 multa e uma restritiva de direitos - mediante fundamentação válida"; c) "a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, ao julgar embargos de divergência opostos pelo Ministério Público (Eresp. n. 1619087) firmou entendimento no sentido de que as penas restritivas de direitos dependem de trânsito em julgado da condenação para serem executadas"; d) "estando a decisão do órgão fracionário do TJSC em descompasso com o art. 147, da LEP, bem como o entendimento dessa Corte Superior de Justiça, pugna pela suspensão da execução provisória das restritivas de direitos impostas até o julgamento desse writ" (e-STJ, fls. 1-8).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem para que seja "reconhecida a nulidade tópica da decisão para que a pena do Paciente seja substituída por multa e UMA restritiva de direitos" (e-STJ, fl. 8), bem como seja determinada a suspensão da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Pleito liminar deferido para suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos até o julgamento do mérito do *mandamus* (e-STJ, fls. 146-147).

A Subprocuradoria-Geral da República manifestou-se pelo não conhecimento do writ ou, no mérito, pela concessão parcial da ordem, nos moldes da liminar antes deferida (e-STJ, fls. 154-159).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 448.548 - SC (2018/0104094-4)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : ALEXANDRE CESAR FARIAS JUNIOR

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INSUFICIÊNCIA DA CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MULTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. *WRIT* NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.
2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.
3. O art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nas condenações superiores a 1 ano, por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, cabendo ao Magistrado processante, de forma motivada, eleger qual medida é mais adequada ao caso concreto.
4. Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cediço, é defeso em sede de *habeas corpus*.
5. Ao tempo em que vigorava o entendimento, no Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade (ou seja, antes do julgamento do HC 84.078/MG, Re. Ministro Eros Grau, julgado em 5.2.2009), não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação.
6. Observado esse posicionamento anterior do STF e considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal ("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"), não se admite a execução provisória de penas restritivas de direitos.
7. A 3ª Seção do STJ, apacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turmas acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

8. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, tão somente para determinar que a execução das penas restritivas de direitos ocorra apenas após o trânsito em julgado do decreto condenatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

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.

Além disso, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

No caso, está inscrito no acórdão ora impugnado:

"[...] Subsidiariamente, o apelante postula a substituição da pena restritiva de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, e não por duas restritivas de direitos, como arbitrado na sentença.

Dispõe o art. 44, § 2º, do Código Penal:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

[...]

§ 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.

Extrai-se da sentença que houve a substituição da pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão por duas restritivas de direitos consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária em favor da vítima (fl. 77).

É cediço que a opção entre as duas penas substitutivas previstas no preceito legal (duas restritivas de direitos ou uma restritiva de direitos e multa) adentra na esfera de discricionariedade do juiz.

Desse modo, a escolha operada pelo magistrado a quo, não se mostrando desproporcional e tendo observado os parâmetros legais, deve ser mantida [...]

Por fim, mantida a condenação por esta Corte de Justiça, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n. 126.292/SP e das razões contidas no voto exarado pelo eminente Des. Ernani Guetten de Almeida, nos autos da Apelação Criminal n. 0000516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se que o juízo de origem intime a apelante para iniciar o cumprimento da pena substitutiva" (e-STJ, fls. 137-139).

Com efeito, o art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nas condenações superiores a 1 ano, por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, cabendo ao Magistrado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

processante, de forma motivada, eleger qual medida é mais adequada ao caso concreto.
Nesse sentido:

"PROCESSO PENAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. INVIABILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Hipótese em que a Corte estadual, após uma minuciosa análise, concluiu que as provas são suficientes para demonstrar que o paciente tinha conhecimento da origem ilícita dos objetos, destacando a apreensão em seu poder. A afirmativa de que eventual desconhecimento da origem dos bens deveria ser comprovado pela Defesa não constitui inversão do ônus da prova. Precedentes.

2. A tese de desclassificação do crime em apreço para receptação culposa esbarra na necessidade de revolvimento fático-probatório, o que se afigura inviável na estreita via do *habeas corpus*.

3. Nos termos do art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, sendo a reprimenda igual ou inferior a 1 ano, preenchidos os demais requisitos, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa. É permitido ao julgador decidir por uma das referidas possibilidades, diante do caso concreto, sob a exigência de fundamentação idônea.

4. *In casu*, não se identifica patente ilegalidade, eis que o Tribunal *a quo*, ao eleger a substituição da pena corporal por uma restritiva de direitos, apresentou justificativa concreta, ao afirmar que a referida medida se 'mostra mais adequada para estabelecer a reprovação da conduta', qual seja, a receptação de uma motocicleta.

5. Ordem denegada.

(HC 392.201/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 6/6/2017, DJe 13/6/2017, grifou-se).

Assim, salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta ao réu. Além disso, maiores incursões sobre o tema exigiriam revolvimento detido do conjunto fático-comprobatório, o que, como cedo, é defeso em sede de *habeas corpus*.

Por outro lado, ao tempo em que vigorava o entendimento, no Supremo Tribunal Federal, da possibilidade de execução provisória das penas privativas de liberdade (ou seja, antes do julgamento do HC 84.078/MG, Re. Ministro Eros Grau, julgado em 5.2.2009), não se autorizava a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação, consoante se infere dos seguintes precedentes:

"AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Pena privativa de liberdade. Substituição por pena restritiva de direito. Decisão impugnada mediante agravo de instrumento, pendente de julgamento. Execução provisória. Inadmissibilidade. Ilegalidade caracterizada. Ofensa ao art. 5º, LVII, da CF, e ao art. 147 da LEP. HC deferido. Precedentes. Pena restritiva de direitos só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença que a impõe."

(HC 88413, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, julgado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em 23/05/2006, DJ de 9/6/2006)

"HABEAS CORPUS. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. VEDAÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que a execução da pena restritiva de direitos só pode ocorrer após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ordem concedida." (HC 88741, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2006, DJ de 4/8/2006)

Assim, observado esse posicionamento anterior do STF e considerando o disposto no art. 147 da Lei de Execução Penal ("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"), entendo não ser possível a execução provisória de penas restritivas de direitos.

Sobre o tema, vem decidindo a Quinta Turma desta Corte: AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13.12.2016, DJe 01.02.2017; RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28.03.2017, DJe 07.04.2017.

Mais recentemente, ainda, a 3ª Seção do STJ, aplacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turmas acerca da matéria, pacificou o tema no âmbito desta Corte, decidindo que não se procede à execução provisória de penas restritivas de direitos (ERESP 1.619.087/SC, Rel. p/ o acórdão o Ministro JORGE MUSSI, julgado em 14.6.2017, DJe de 24.8.2017).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo** a ordem, de ofício, tão somente para determinar que a execução das penas restritivas de direitos ocorra apenas após o trânsito em julgado do decreto condenatório.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2018/0104094-4

HC 448.548 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066513020138240008 008130066513 66513020138240008 8130066513

EM MESA

JULGADO: 22/05/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	: ALEXANDRE CESAR FARIAS JUNIOR

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita

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 Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.