HABEAS CORPUS Nº 488.300 - SC (2019/0002916-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
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	:	VANESSA CRISTINA ROMAO

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 171/STJ. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO NO PONTO.
Ordem parcialmente concedida nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de **Vanessa Cristina Romao**, apontando-se como autoridade coatora a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0009174-73.2017.8.24.0008).

Narram os autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, como incursa no art. 33, § 4º, c/c o art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, negando-se, na oportunidade, o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Interposta apelação pela defesa, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso apenas para substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, determinando, também, o início da execução da pena após o esgotamento das instâncias ordinárias.

Daí o presente *mandamus*, em que a Defensoria Pública sustenta que, *estabelecida a pena privativa de liberdade em patamar superior a 1 ano (1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão), cabe ao Magistrado substituí-la por multa e por uma*

restritiva de direitos ou por duas restritivas de direitos, nos termos da segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal. [...] *E, como se sabe, a escolha entre as duas conseqüências jurídicas não está ao livre alvedrio do magistrado (independentemente da explicitação das razões)* – fl. 7.

Destaca que *o direito subjetivo do acusado também implica o direito à situação mais favorável, demandando fundamentação concreta do juiz eventual decisão pela conseqüência menos benéfica. É dizer: há uma ordem de precedência entre as duas possibilidades previstas na segunda parte do § 2.[2] do art. 44 do CP* (fls. 7/8).

Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão ou, subsidiariamente, a suspensão da ordem de execução imediata da pena restritiva de direitos.

No mérito, requer *seja DECLARADA a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de SUBSTITUIR a pena de reclusão imposta à PACIENTE por uma restritiva de direitos (prestação de serviços à comunidade) e multa, nos termos do § 2º do art. 44 do CP* (fl. 12).

O pedido de liminar foi parcialmente deferido pela Presidência desta Corte, *para suspender, até o julgamento definitivo do writ, a execução das penas restritivas de direitos antes do trânsito em julgado da condenação* (fl. 203).

Prestadas as informações (fls. 208/212), o Ministério Público Federal, em parecer exarado pela Subprocuradora-Geral da República Maria Iraneide Olinda Santori Facchini, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 242/243).

É o relatório.

Com razão a impetrante no que se refere à execução antecipada das penas substitutivas. Em consonância com o entendimento externado pela Terceira Seção no EREsp n. 1.619.087/SC (DJe 24/8/2017), é inviável a determinação da execução provisória das penas restritivas de direitos.

Quanto à substituição de uma das restritivas de direitos por multa, não se faz possível o acolhimento da pretensão, em atenção ao disposto na Súmula 171 do Superior

Tribunal de Justiça: *cominadas cumulativamente, em Lei especial, penas privativas de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa.*

Com efeito*, 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, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 4/6/2018). No mesmo sentido, da Sexta Turma, de relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, o AgRg no AREsp n. 1.276.999/SC, DJe 13/8/2018, e o HC n. 390.593/SC, DJe 11/5/2017.

Pelo exposto, **concedo parcialmente** a ordem a fim de suspender a execução da pena restritiva de direitos imposta à paciente até o trânsito em julgado da condenação prolatada no Processo n. 0009174-73.2017.8.24.0008, da 3ª Vara Criminal da comarca de Blumenau/SC.

Intime-se o Ministério Público estadual.

Publique-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator