HABEAS CORPUS Nº 496.901 - SC (2019/0063469-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA FLÁVIA STRINGARI MACHADO - SC035072
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	GABRIEL ROMULO DE SOUZA DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública estadual em favor de GABRIEL ROMULO DE SOUZA DA SILVA, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da apelação criminal n. 0014604-58.2017.8.24.0023.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritiva de direitos, além do pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03 (fls. 145-148).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, deu parcial provimento ao apelo defensivo apenas para reduzir a pena pecuniária para 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação, em v. acórdão assim ementado:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A INCOLUMIDADE PÚBLICA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI N. 10.826/03). RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.*

INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS POLICIAIS QUE COMPROVAM A APREENSÃO DA ARMA E DAS MUNIÇÕES NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO. NEGATIVA DO RÉU ISOLADA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PROVAS SUFICIENTES A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE EM RAZÃO DO ELEVADO NÚMERO DE MUNIÇÕES ENCONTRADAS COM O ACUSADO. POSSIBILIDADE. IDONEIDADE DA MOTIVAÇÃO. PENA DE MULTA, TODAVIA, QUE DEVE SER MINORADA. TOGADO QUE NÃO SEGUIU O MESMO CRITÉRIO FRACIONÁRIO EMPREGADO NA FIXAÇÃO DA PENA CORPORAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR APENAS UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NA APLICAÇÃO DA PENA. ESCOLHA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS QUE NÃO COMPETE AO APENADO. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. REQUERIDA A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. NO MAIS, PLEITO PARA RECORRER EM LIBERDADE DESPROVIDO DE INTERESSE RECURSAL. BENESSE JÁ CONCEDIDA PELO TOGADO A QUO QUANDO DA PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. SENTENÇA MANTIDA INCÓLUME. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, capitaneados pelos uníssonos relatos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do acusado, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação do réu pela prática do crime narrado na denúncia.

2. O considerável número de munições em posse do réu constitui fundamento idôneo para a exasperação da pena-base, com a valoração negativa das circunstâncias do crime.

Contudo, em atenção ao entendimento jurisprudencial majoritário, necessário se faz redimensionar a pena de multa fixada ao apelante em conformidade com o fracionário aplicado na fixação da pena corporal.

3. "[...] Cabe ao magistrado, dentro de seu poder discricionário, avaliar qual pena restritiva de direitos irá melhor se coadunar ao caso concreto, escolhendo aquela que surtirá melhor efeito reparador e pedagógico; logo, não cabe ao

condenado escolher a sanção substitutiva que entende ser mais benéfica". (TJSC - Apelação Criminal n. 2011.023688-1, de Içara, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 12/04/2012).

4. Não merece conhecimento o pedido de aplicação do instituto da detração, tendo em vista ser matéria cujo exame incumbe ao juízo da execução.

5. Carece de interesse recursal o pleito defensivo para recorrer em liberdade, quando constatado que o réu já fora agraciado pelo Magistrado sentenciante com tal benefício, ensejando o não conhecimento do reclamo no ponto" (fls. 250-251).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na fração de aumento atribuída às circunstâncias do crime, na negativa de substituição da pena por multa e uma restritiva direitos e na execução provisória das penas restritivas de direitos.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja atribuída fração proporcional às circunstâncias do crime e que a pena seja substituída por **uma** restritiva de direitos e **multa**.

O pedido liminar foi **concedido**, às fls. 276-279, apenas para suspender a execução da pena restritiva de direito, até o julgamento final deste **writ**.

Informações prestadas às fls. 285-286.

O Ministério Público Federal, às fls. 334-342, manifestou-se pela concessão parcial da ordem de ofício, em parecer assim ementado:

"HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA O CABIMENTO DE HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA FIXAÇÃO DA DUAS PENAS

RESTRITIVAS DE DIREITOS. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA AO DISPOSTO NO ART. 147, DA LEP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO WRIT E PELA CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

– A jurisprudência do STJ e do STF assentou o entendimento de que o habeas corpus não deve ser conhecido quando consistir em utilização inadequada da garantia constitucional, em substituição aos recursos ordinariamente previstos nas leis processuais.

– In casu, inexiste desproporcionalidade no aumento aplicado à pena-base, porquanto a escolha da fração de aumento superior a 1/6 (um sexto) se deu com base em fundamentação concreta e idônea.

– "A substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, 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 313.675/RJ.

Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS. QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, Dje 09/12/2015) – A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, "[...] firmou orientação no sentido da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, devendo-se aguardar, portanto, o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da LEP. [...]" (HC 401468/SP, Rel.

Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017 e publicado no DJe de 01/08/2017).

– Parecer pelo não conhecimento do writ e pela concessão parcial da ordem de ofício" (fl. 334).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado

pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **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.

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

Oportunamente, impende asseverar que a via do **writ** somente se mostra adequada para a análise da dosimetria da pena **caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório**. Vale dizer, *"[...] o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de **habeas corpus**, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita"* (HC n. 39.030/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Arnaldo Esteves**, DJU de 11/4/2005).

Quanto à tese defensiva, **da desproporcionalidade da fração que afastou a pena-base do mínimo legal**, observo que não justifica a concessão da ordem.

É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, inciso IX, Constituição Federal), de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal brasileiro, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Assim, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o juiz sentenciante, dentro da discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se, na primeira fase da dosimetria, pelos oito fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, a saber: culpabilidade; antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis,

pois é justamente a motivação da decisão que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

Além disso, não se admite a adoção de um critério puramente matemático, baseado apenas na quantidade de circunstâncias judiciais desfavoráveis, até porque de acordo com as especificidades de cada delito e também com as condições pessoais do agente, uma dada circunstância judicial desfavorável poderá e deverá possuir maior relevância (valor) do que outra no momento da fixação da pena-base, em obediência aos princípios da individualização da pena e da própria proporcionalidade.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados desta Corte Superior:

> *"HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO CONCRETAMENTE MOTIVADO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. REAL ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO PELAS VÍTIMAS, INCLUSIVE AS CRIANÇAS. TERCEIRA FASE. QUANTUM DE ACRÉSCIMO. SÚMULA N.º 443 DESTA CORTE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.*
>
> *1. Não há ilegalidade na fixação da pena-base se o Juiz justificou concretamente a medida em razão das consequências do delito, dado o abalo emocional sofrido pelas vítimas, inclusive as crianças, mantidas sob a mira de revólver municiado, engatilhado e manuseado pelo agente com dedo no gatilho. Não se trata de presunção ou motivação abstrata, mas de concreta justificativa. O Tribunal de origem inclusive destacou que a família submete-se a tratamento psiquiátrico desde os fatos até a atualidade, indicando os reflexos no cotidiano das crianças, que sofrem dificuldade de sono e sensação de medo constante. Considerando o mínimo e o máximo previsto para o tipo penal, não se constata desproporcionalidade.* ***Esta Corte já decidiu que o quantum de acréscimo não depende da quantidade de circunstâncias judiciais, mas sim de adequada motivação. Não se trata de critério matemático****.*
>
> *2. Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo da pena na terceira fase da dosimetria requer a devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes. Súmula n.º 443 desta Corte.*

3. Habeas corpus parcialmente concedido a fim de reduzir a pena aplicada aos pacientes para 8 (oito) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão" (HC n. 387.992/SP, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 15/5/2017 - grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido" (AgInt no HC n. 377.446/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 20/4/2017 - grifei).

"REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

Os artigos 544 e 557 do Código de Processo Civil/73, aplicável subsidiariamente na área penal, autorizam ao relator apreciar de forma unipessoal recurso manifestamente inadmissível ou improcedente, justamente o que se verificou no presente caso, em que se negou provimento ao agravo em recurso especial pois a pretensão recursal exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inexistindo,

portanto ofensa ao princípio da colegialidade.

HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO. ***CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ELEMENTOS CONCRETOS CONSTANTE DOS AUTOS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE.*** *FUNDAMENTAÇÃO EXPLICITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO IMPROVIDO.*

1. Na condenação, atento às peculiaridades do caso, deve o magistrado sentenciante guiar-se pelas oito circunstâncias relacionadas no "caput" do artigo 59 do Código Penal, inexistindo critério puramente objetivo ou matemático, uma vez que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador.

2. Utilizada fundamentação concreta para a majoração da pena-base a título de culpabilidade, personalidade e circunstâncias do crime, não há irregularidade na dosimetria da pena.

3. Não há vício no acórdão recorrido que explicita os fundamentos adotados na sentença condenatória ensejadores da majoração da pena-base.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 759.277/ES, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 1º/8/2016 - grifei).

Para delimitar a **quaestio**, transcrevo o seguinte excerto do v. acórdão impugnado, relevante no ponto:

"Diversamente do que afirma a defesa, entendo que a consideração negativa das circunstâncias do crime citadas encontram-se plenamente fundamentadas e justificadas em elementos concretos extraídos dos autos.

As execráveis circunstâncias do delito autorizam a majoração da pena, sem dúvida. Como se sabe, as circunstâncias do crime "[...] se referem à sua forma de execução, ou seja, ao modus operandi adotado pelo agente, consistente nos meios e instrumentos empregados na empreitada criminosa. Sabido também que as circunstâncias podem ser pautadas por diversos critérios, qual o tempo e o lugar do delito". (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.044896-3, de Araranguá, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 21/10/2014).

Nessa esteira, a apreensão de 49 munições intactas, além de 02 (dois carregadores), tudo de calibres distintos, aponta maior reprovabilidade da conduta e justifica a majoração da reprimenda pela circunstâncias do

delito.

[...]

Logo, a fundamentação utilizada pelo juiz sentenciante é idônea para exasperar a pena-base, ao passo que o número elevado de munições apreendidas em posse do acusado representa maior gravidade do delito, ensejando na valoração negativa das circunstâncias do crime da primeira fase do cálculo dosimétrico" (fls. 262-263, grifei).

Assim, analisando a primeira fase da dosimetria, constata-se que o eg. Tribunal de origem manteve a análise desfavorável das **circunstâncias do crime**, preservando o aumento, dentro do critério de proporcionalidade estabelecido pela r. sentença condenatória.

Desse modo, tendo a dosimetria, neste ponto, operado-se dentro do critério da discricionariedade juridicamente vinculada, considerando o caso concreto e **a maior reprovabilidade da conduta**, não se revela, **de plano**, flagrante ilegalidade capaz de ensejar a concessão da ordem de ofício. A reavaliação das circunstâncias judiciais do caso por este Superior Tribunal redundaria em revolvimento do acervo fático-probatório, inviável nesta instância extraordinária e na via estreita do **writ**.

Sobre o tema:

> *"**HABEAS CORPUS**. ART. 155, § 4º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. DOSIMETRIA. PENA APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. APLICAÇÃO. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO.*
>
> *[...]*
>
> *2. **Inexiste ilegalidade na dosimetria da pena se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório.** Esclareça-se que, havendo duas qualificadoras, é possível que uma delas seja utilizada para*

qualificar o crime e a outra na primeira fase da dosimetria da pena.

[...]

4. ***Habeas corpus*** *não conhecido"* (HC n. 349.525/DF, **Sexta Turma**, Relª. Minª. **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 3/5/2016, grifei).

Ademais, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de **1/6 (um sexto)** para aumento ou diminuição da pena pela **incidência das agravantes ou atenuantes genéricas,** e não pela incidência de circunstâncias judiciais constantes do art. 59 do Código Penal.

Nesse sentido o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 PARA A REDUÇÃO DA PENA-BASE, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. POSSIBILIDADE. QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. REGIME. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E NÃO EXCEDENTE A 8 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME INTERMEDIÁRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

2. ***A lei não prevê as frações a serem aplicadas no caso de incidência de atenuantes e agravantes. Contudo, este Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado no sentido de que a redução da pena em fração inferior a 1/6 deve ser devida e concretamente fundamentada. Precedentes.***

3. No caso, a redução da pena-base em 3 meses, pela atenuante da menoridade, foi menor que a fração comumente usada de 1/6 e sem a apresentação de qualquer fundamentação, o que demonstra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte.

[...]

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena e fixar o

semiaberto" (HC n. 386.005/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 28/3/2017, grifei).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO. DOSIMETRIA. REVISÃO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ATENUANTE DA MENORIDADE. QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA ESCOLHA DE FRAÇÃO INFERIOR A 1/6 (UM SEXTO). PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A via do writ somente se mostra adequada para a análise da dosimetria caso se trate de flagrante ilegalidade e não seja necessária uma análise aprofundada do conjunto probatório. Vale dizer, "o entendimento deste Tribunal firmou-se no sentido de que, em sede de habeas corpus, não cabe qualquer análise mais acurada sobre a dosimetria da reprimenda imposta nas instâncias inferiores, se não evidenciada flagrante ilegalidade, tendo em vista a impropriedade da via eleita" (HC n. 39.030/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, DJU de 11/4/2005).

II - No presente caso, há flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, pois não houve fundamentação idônea para desabonar a culpabilidade e os antecedentes. Ademais, o comportamento da vítima é circunstância judicial neutra, não podendo ser valorada em desfavor do réu, mas em seu benefício quando ela, de alguma forma, contribui para o cometimento do crime.

III - De igual modo, mostra-se flagrantemente desproporcional a redução da pena pela menoridade do paciente em apenas 6 (seis) meses - o que representava 1/37 (um trinta e sete avos) da pena-base -, devendo ser fixada a fração paradigma de 1/6 (um sexto), ante a ausência de motivação para a incidência em patamar inferior.

IV - A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que deve ser adotada a fração paradigma de 1/6 (um sexto) para aumento ou diminuição da pena pela incidência das agravantes ou atenuantes genéricas, ante a ausência de critérios para a definição do patamar pelo legislador ordinário, devendo o aumento superior ou a redução inferior à fração paradigma estar devidamente fundamentado. Precedentes.

Agravo regimental desprovido" (AgRg no HC n. 370.184/RS, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 22/5/2017).

A Defesa sustenta, ainda, ausência de fundamentação na decisão de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

In casu, o paciente foi condenado pelo crime descrito no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 10.826/03, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, **e multa.**

Ao fixar a pena, o MM. Juiz sentenciante estabeleceu a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, **substituída a pena 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 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**, Relª. Minª. **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).

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, confiram-se os recentes julgados desta Corte Superior:

> *"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 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 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 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. **Rogerio 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. 16, da Lei n. 10.826/03, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses 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 (*https://esaj.tjsc.jus.br*), a condenação ainda não transitou em julgado, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

Diante de tais considerações, portanto, não se vislumbra a existência de qualquer flagrante ilegalidade passível de ser sanada pela concessão da ordem de ofício.

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

Contudo, concedo **a ordem de ofício** para, confirmando a liminar (fl. 276-279), suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer
Relator