

HABEAS CORPUS Nº 510.483 - SC (2019/0138734-8)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
TAUSER XIMENES FARIAS - BA040882
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EVERTON SOTTA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **EVERTON SOTTA**, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em grau de apelação, como incurso no art. 155, § 4º, III, e no art. 155, § 4º, III e IV, c.c. o art. 14, II, todos do Código Penal, à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos (fls. 271-304).

Neste **mandamus**, a impetrante alega que, "*estabelecida a pena privativa de liberdade em patamar superior a 1 ano, cabe ao Magistrado substituí-la por uma restritiva de direito e multa ou duas restritivas de direitos, nos termos da segunda parte 2 do § 2.º do art. 44 do Código Penal. São, portanto, penas substitutivas alternativas*" (fl. 6).

Aduz que "*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 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*" (fl. 6).

Assere que, *"sendo a pena de multa mais favorável ao Paciente (já que não pode ser convertida em prisão 5) 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"* e, no caso concreto, *"não houve nenhuma fundamentação para o Magistrado escolher duas restritivas de direitos. Do mesmo modo, o TJSC retificou a decisão de 1º grau"* (fl. 7).

E, no que concerne à execução provisória das penas, *"esclarece-se que no dia 14/06/2017 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"* (fl. 9).

Por fim, requer a concessão da ordem, liminarmente, para suspender *"a determinação para que o Paciente inicie imediatamente o cumprimento das penas restritivas de direitos impostas, até julgamento do writ"* (fl. 10). No mérito, pugna *"seja reconhecida a nulidade do acórdão, para que seja a pena do Paciente substituída por multa e uma restritiva de direitos"* (fl. 10).

O pedido liminar foi parcialmente deferido às fls. 307-309.

As informações foram prestadas às fls. 313-363.

O Ministério Público Federal, às fls. 368-379, manifestou-se nos termos da seguinte ementa:

"HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. CABIMENTO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO E PELA CASSAÇÃO DA LIMINAR.

1. O habeas corpus, quando utilizado como substituto de recursos próprios, não deve ser conhecido, somente se justificando a concessão da ordem de ofício quando flagrante a ilegalidade apontada.

2. Viabilidade da execução provisória da pena restritiva de direitos.

3. No tocante à conveniência da substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e multa, a escolha dentre as opções traçadas pelo legislador enquadram-se na discricionariedade regradada do julgador. Precedentes.

4. Parecer pelo não conhecimento do writ , e pela cassação da liminar que afastou a possibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos."

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**.

A impetrante alega a ocorrência de constrangimento ilegal em relação à substituição da pena corporal por restritiva de direitos, sob a premissa de que o eg. Tribunal de origem estabeleceu medida mais gravosa, sem fundamentação idônea para tanto.

Acerca do **punctum saliens**, o eg. Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, assim se pronunciou, **verbis** (fls. 296-297):

"Muito embora seja direito subjetivo do acusado o reconhecimento do privilégio quando presentes os pressupostos legais, a escolha do benefício a ser aplicado é faculdade do julgador, o qual deve fundamentar sua decisão, atentando-se para as particularidades do caso concreto. A pedido do réu, não há de se excluir ou modificar as penas restritivas de direitos, conforme uma ou outra medida lhe apresentar mais vantajosa.

(...)

No caso, o Magistrado, valendo-se do princípio do livre convencimento motivado e da discricionariedade que lhe é inerente, aplicou a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, qual seja, prestação pecuniária, consistente no pagamento da importância

correspondente a 1 (um) salário mínimo, e a prestação de serviços comunitários, de sorte que agiu dentro dos limites autorizados pelos arts. 44 e 46, §§ 1º e 4º, do Código Penal, de modo que não há falar em incorreção do decisum"

A substituição da pena privativa de liberdade deve acompanhar a literalidade da disposição normativa contida no art. 44 do Código Penal, de modo que a escolha se encontra na discricionariedade do magistrado, lastreando-se **nas circunstâncias do caso concreto**.

Na hipótese, inexistente qualquer constrangimento ilegal a ser sanado pelo writ, eis que esta Quinta Turma é assente no sentido de que *"não se mostra socialmente recomendável a aplicação de uma nova pena de multa, em caráter substitutivo, no caso de o preceito secundário do tipo penal possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade, devendo-se privilegiar a incidência de duas medidas restritivas de direitos nessa hipótese."* (HC 470.920/SC, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 15/10/2018).

Em relação à execução provisória da pena, o art. 283 do Código de Processo Penal, com a nova redação, busca afastar expressamente a execução provisória da condenação criminal, permitindo tão somente a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva ou a prisão temporária.

Essa era a orientação que vinha sendo aplicada nesta Corte até recentemente, com base no entendimento então sufragado pelo Plenário do col. **Pretório Excelso**, no julgamento do **HC n. 84.078/MG**, de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, configurava ofensa ao princípio da não culpabilidade, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

No entanto, o próprio **Supremo Tribunal Federal** evoluiu em seu entendimento e, **por maioria de votos**, indeferiu o pedido formulado no **HC n.**

126.292/SP, de relatoria do em. Min. **Teori Zavascki**, decidindo pela possibilidade do início do cumprimento da pena após o julgamento da apelação, porque não constatado prejuízo ao princípio da não culpabilidade.

De se ressaltar, contudo, que **tal entendimento não é estendido também para os casos em que seja estabelecida a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.**

Nesse compasso, antes da guinada jurisprudencial 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**, esta Corte Superior já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado.

Nesse sentido:

"MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. APELO RARO ADMITIDO NA ORIGEM. DISPENSA DE FORMALIDADE EM LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ÓRGÃO PÚBLICO. PACIENTE ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU E CONDENADO PELO TRIBUNAL ESTADUAL A PENA RESTRITIVA DE DIREITO E MULTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. ART. 147 DA LEI 7.210/84 (LEP). MEDIDA CAUTELAR JULGADA PROCEDENTE.

1. *Em casos excepcionais, em que a execução provisória da pena possa causar lesão grave ou de difícil reparação ao recorrente, a jurisprudência desta Corte vem aceitando o ajuizamento de Ação Cautelar Inominada destinada a dar efeito suspensivo ao Recurso Excepcional, nas hipóteses em que presentes os requisitos autorizadores da medida (periculum in mora e fumus boni iuris).*

2. *No caso em apreço, além de já ter sido processado e admitido o Recurso Especial, ao qual se pretende atribuir o almejado efeito suspensivo, a questão objeto de impugnação, qual seja, a necessidade de efetiva existência de prejuízo patrimonial ao Órgão Público, por força de dispensa de formalidade em procedimento licitatório, merece ser melhor apreciada por esta Corte.*

3. *Ademais, este Tribunal e o Pretório Excelso firmaram o entendimento de ser expressamente vedada a execução provisória de pena restritiva de direitos, o que deve ocorrer apenas após o trânsito em julgado da decisão*

condenatória, nos termos do art. 147 da lei 7.210/84 (LEP). (HC 89.504/SP, Rel. Min. JANE SILVA, DJU 18.12.07 e STF-HC 88.413/MG, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJU 23.05.06).

4. Medida Cautelar julgada procedente".

(MC n. 13.219/RS, **Quinta Turma**, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 4/8/2008 – grifei).

"PROCESSUAL PENAL – PENAL – HABEAS CORPUS – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PENA RESTRITIVA DE DIREITOS - EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM CONCEDIDA.

Se a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, não é possível a sua execução provisória (inteligência dos artigos 147 da LEP).

Expedida guia para execução provisória de pena restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação, ela deve ser imediatamente suspensa, sob pena de indevido constrangimento ilegal ao apenado. Ordem concedida".

(HC n. 89.504/SP, **Sexta Turma**, Rel^a. Min^a. **Jane Silva** - Desembargadora convocada do TJ/MG, DJ de 11/2/2008–grifei).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. MULTA. VALOR UNITÁRIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VALOR MAJORADO PELO TRIBUNAL A QUO. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N.º 07 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O exame da alegação referente ao suposto exagero nos valores fixados a título de dias-multa e de prestação pecuniária demandaria a apreciação da situação econômico-financeira da acusada, o que é inviável na via do recurso especial, segundo dispõe o enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

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 (EDcl no AgRg no AREsp 688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2016,

DJe 28/09/2016).

3. Agravo regimental não provido".

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 517.017/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 9/11/2016– grifei).

"PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição e ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. Não se prestam, portanto, para sua revisão no caso de mero inconformismo da parte.

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.

3. Embargos de declaração rejeitados".

(EDcl no AgRg no AREsp n. 688.225/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 28/9/2016– grifei).

Sem embargo, em julgamento realizado no dia **9/3/2017**, nos autos do **AREsp n. 971.249/SP**, de relatoria do e. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, a **Quinta Turma** pacificou o entendimento sobre a matéria, consoante a seguinte a ementa:

"AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO DE EXECUÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, no HC 126.292/SP e nas ADCs 43 e 44, decidiu apenas acerca da privativa de liberdade, nada dispondo sobre as penas restritivas de direito.

2. Ademais, 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 (EDcl no AgRg no AREsp

688.225/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 22/09/2016, DJe 28/09/2016).

3. Nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes do STF: HC 88.741/PR, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/08/2006; HC 88413, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Primeira Turma, julgado em 23/05/2006, DJ 09-06-2006; HC 85289, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 22/02/2005, DJ 11-03-2005; HC 89.435/PR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJe de 22/03/2013 e do STJ: AgRg na PET no AREsp 719.193/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 15/02/2017; AgRg nos EDcl no AREsp 517.017/SC, por mim relatado, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016; HC 249.271/BA, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 09/04/2013, DJe 23/04/2013; EDcl no HC 197.737/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 05/03/2012 e EDcl no Ag 646.799/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2005, DJ 05/12/2005, p. 393.

4. Por fim, se não há declaração de inconstitucionalidade do art. 147 da LEP, não se pode afastar sua incidência, sob pena de violação literal à disposição expressa de lei. Cláusula de reserva de Plenário - CF/88, art. 97. Súmula Vinculante 10 do Colendo STF.

5. Agravo regimental não provido".

(AgRg na PetExe no AREsp n. 971.249/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 15/03/2017 – grifei).

Igualmente, em **14/6/2017**, a Terceira Seção, por maioria, negou provimento aos **Embargos de Divergência n. 1.619.087/SC** opostos pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, **no sentido de não ser possível a execução provisória das penas restritivas de direito**. Vencida a Sra. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Nefi Cordeiro e Antonio Saldanha Palheiro que davam provimento aos embargos de divergência.

Destarte, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal, as

penas restritivas de direitos só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ante o exposto, **não conheço** do **habeas corpus**. Contudo, **concedo a ordem, de ofício, ratificando a liminar anteriormente deferida**, para suspender a determinação de execução provisória das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.

P. I.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro **Felix Fischer**

Ministro

