

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 531.605 - SC (2019/0265962-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RENATA MOURA TUPINAMBÁ - RJ196895
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JESSICA SCHMIDT
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em favor de **JESSICA SCHMIDT**, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Processo n. 0003874-94.2014.8.24.0054).

Consta dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade (e-STJ, fls. 220-225).

Inconformada, a Defensoria Pública interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento, determinando a execução provisória da pena restritiva de direitos aplicada. Eis a ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (CÓDIGO PENAL, ART. 155, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. JUSTIÇA GRATUITA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. ANÁLISE QUE COMPETE AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. MÉRITO. PRETENSA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. DESCABIMENTO. PALAVRAS DA VÍTIMA QUE ASSUMEM ESPECIAL RELEVÂNCIA, QUANDO FIRMES E NÃO DESTACADAS DA REALIDADE. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS EM AMBAS AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS, CORROBORADOS PELOS DEMAIS SUBSTRATOS DE CONVICÇÃO COLIGIDOS AO FEITO, A INCLUIR A CONFISSÃO DA ACUSADA, DANDO CONTA DA SUBTRAÇÃO DE CHEQUE DO INTERIOR DE BOLSA DA OFENDIDA. DÚVIDA INEXISTENTE. PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO EM PARTE CONHECIDO E DESPROVIDO." (e-STJ, fl. 284).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, pelas razões sintetizadas na ementa do acórdão a seguir reproduzida:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES

Superior Tribunal de Justiça

(CÓDIGO PENAL, ART. 155, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESACOLHIMENTO DO PRETÉRITO INCONFORMISMO.

APONTADA OMISSÃO DO JULGADO. MATÉRIA A SER ALEGADAMENTE APRECIADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE. NECESSÁRIO CÂMBIO POR MULTA. HIPÓTESE MAIS BENÉFICA. INOCORRÊNCIA. QUESTÃO NÃO SUBMETIDA À ESFERA RECURSAL. PRECLUSÃO TEMPORAL. CONCOMITANTE INEXISTÊNCIA DE MÁCULA A SER SANADA.

ACLARATÓRIOS CONHECIDOS E REJEITADOS." (e-STJ, fl. 297).

Neste *writ*, a impetrante sustenta, em síntese, existência de constrangimento ilegal em desfavor da paciente, pois, "estabelecida a pena privativa de liberdade em patamar não superior a 1 ano, caberia ao Magistrado substituí-la por uma multa ou por uma restritiva de direitos, nos termos da primeira parte 2 do § 2.º do art. 44 do Código Penal. O Juízo sentenciante optou pela segunda alternativa – substituição por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade – sem nenhuma fundamentação" (e-STJ, fl. 7).

Destaca que "decidiu recentemente (2017) este Superior Tribunal de Justiça, reafirmando sua jurisprudência no sentido de que, na aplicação da pena, a solução judicial menos favorável ao acusado deve ser sempre devidamente fundamentada" (e-STJ, fl. 9).

Aduz que "sendo a pena de multa mais favorável ao acusado (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 uma restritiva de direitos, e não por uma multa – mediante fundamentação concreta e válida" (e-STJ, fls. 9-10).

Requer, liminarmente, a concessão da ordem para "suspender os efeitos da condenação ou, subsidiariamente, suspender a ordem de execução imediata das penas restritivas de direitos, até julgamento final do *habeas corpus*" (e-STJ, fl. 12). No mérito, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por multa, em vez de pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º do CP.

Deferida a liminar para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos até o julgamento final deste *habeas corpus* ou até o trânsito em julgado da condenação, o que ocorrer primeiro (e-STJ, fls. 353-356), o Ministério Público opinou pela concessão da ordem, a fim de que a pena privativa de liberdade seja substituída por pena de multa a ser fixada pelo Juízo da Execução (e-STJ, fls. 405-406).

É o relatório.

Decido.

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.

Passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do *habeas corpus*, de ofício.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na dosimetria da pena, faz-se

necessário expor excertos da sentença condenatória e do acórdão dos embargos de declaração, respectivamente:

"[...] PASSO À APLICAÇÃO DA PENA

1) A conduta típica da acusada merece repreensão; 2) Pertinente à culpabilidade, considerada a reprovabilidade do ato, foi normal à conduta;

3) A ré não possui maus antecedentes; 4) Não há maiores dados acerca de sua conduta social; 5) Não há elementos suficientes nos autos para análise concreta sobre sua personalidade; 6) Quanto aos motivos e às circunstâncias, foram normais à espécie do tipo penal praticado; 7) As consequências do crime foram inerentes ao tipo penal; 8) O comportamento da vítima não contribuiu para os acontecimentos.

Assim, analisadas as circunstâncias judiciais do artigo 59, caput, do Código Penal, fixo-lhe a pena base no mínimo legal em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, não existem circunstâncias agravantes a considerar, entretanto, reconheço a circunstância atenuante da confissão, prevista no artigo 65, inciso III, "d", do Código Penal, mantendo-se a reprimenda em 01 (um) ano de reclusão, inalterada a pena de multa porquanto não observada nessa fase.

Finalmente, na terceira fase, não existindo causas de aumento e/ou diminuição de pena, torno a pena definitiva em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida inicialmente em regime aberto, nos termos da alínea "c" do § 2º do artigo 33 do Código Penal.

Considerando que a acusada preenche os requisitos do art. 44, I, II e III, do CP, e levando em consideração ser necessário e suficiente para reprovação do delito em questão, substituo a pena privativa de liberdade por uma de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de pena." (e-STJ, fls. 223-224).

"[...] Com efeito, a alegação de omissão relevante acerca de matéria

que, conquanto não tenha sequer sido objeto de recurso, merecia conhecimento e aplicação de ofício, diante de seu manifesto cabimento à situação retratada nos autos, não possui o condão de determinar o acolhimento dos embargos, uma vez que, além de não haver sido alvo de insurgimento anterior, o que impede o seu exame na presente via segundo reiteradamente se tem decidido no âmbito dos Tribunais Pátrios, insere-se na esfera de discricionariedade do Magistrado a seleção de qual pena substitutiva da privativa de liberdade é mais recomendável à hipótese concreta, porquanto não há ordem de preferência a ser observada.

(...)

Ademais, a Corte firmou o entendimento de que a "ausência de manifestação sobre matéria que poderia ser examinada de ofício pelo

magistrado, em homenagem ao princípio *reformatio in mellius*, não implica

omissão" (Embargos de Declaração em Apelação Criminal n.

Superior Tribunal de Justiça

2014.067027-1/0001.00, de Criciúma, rei. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 10-3-2015).

À vista disso, não há falar em omissão no acórdão vergastado, de maneira que não se reveste de quaisquer dos vícios previstos no art. 619 do

Código de Processo Penal, circunstância que impede o acolhimento da insurgência." (e-STJ, fls. 301-302).

A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do *habeas corpus*, pois exigiriam revolvimento probatório.

Com efeito, o art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade, nas condenações iguais ou inferiores a 1 ano, por uma restritiva de direitos ou por multa, cabendo ao Magistrado processante, de forma motivada, eleger qual medida é mais adequada ao caso concreto.

Salvo se evidenciada manifesta desproporcionalidade, o que não se infere na hipótese ora analisada, deve ser mantida a pena restritiva de direitos imposta à ré. 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*.

Ainda, o preceito secundário do crime pelo qual a paciente foi condenada (art. 155 do CP) já estabelece a cumulação da pena de multa com a pena privativa de liberdade, de modo que não se revela desarrazoado privilegiar-se na substituição a escolha da pena restritiva de direitos.

A corroborar este entendimento:

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CRITÉRIO ATENDIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. Tratando-se de condenação que excede 1 ano de reclusão e preenchidos os requisitos para a substituição da pena, ela se dá por uma medida restritiva de direitos e multa, ou por duas restritivas de direitos, incumbindo a escolha do benefício ao órgão prolator da decisão, no exercício de sua discricionariedade vinculada, considerando as particularidades do caso concreto e as subjetivas do agente. Precedentes.

3. Hipótese em que a Corte local motivou suficientemente a aplicação de duas restritivas, ao invés de uma restritiva e multa, em virtude de serem tais medidas mais adequadas às

circunstâncias pessoais do paciente.

4. Ademais, 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.

Precedente.

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 470.920/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/10/2018, DJe 15/10/2018, grifou-se);

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

FURTO QUALIFICADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Preenchidos os requisitos para a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, mas estabelecida a sanção corporal acima de 1 (um) ano, a substituição pode ser feita ou por uma restritiva de direitos somada a uma pena de multa, ou por duas restritivas de direitos, cabendo a escolha ao magistrado sentenciante, no exercício da discricionariedade vinculada, desde que apresente fundamentação adequada, tal como ocorreu no caso examinado.

2. 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.

3. Hipótese em que a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, de índole reparadora, melhor atenderá ao caráter ressocializador da reprimenda, podendo inclusive ser convertida em pena corporal, se descumprida.

4. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 416.530/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 7/12/2017, DJe 19/12/2017, grifou-se).

Nesse contexto, não se constata qualquer ilegalidade a ser sanada, de ofício, no ponto.

Por outro lado, no que tange à execução provisória da pena imposta à paciente, após o julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292/SP (STF, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, TRIBUNAL PLENO, julgado em 17/02/2016), 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

Superior Tribunal de Justiça

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.

Acrescente-se que o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a repercussão geral do tema (ARE 964.246/SP, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI) e, em 11.11.2016, decidiu, em Plenário Virtual, pela reafirmação de sua jurisprudência externada no mencionado HC 126.292/SP.

Contudo, no caso dos autos, a reprimenda privativa foi substituída por restritiva de direitos, havendo notícias de que os autos foram encaminhados a este Superior Tribunal de Justiça (e-STJ, fl. 362).

Oportuno consignar que, 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, Rel. 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 impôs."
(HC 88413, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, PRIMEIRA TURMA, julgado 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 Supremo Tribunal Federal 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:

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao tratar sobre a execução provisória da pena, 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. Em suma, 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 e do STJ.

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 1.618.434/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 1/2/2017, grifou-se);

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

I - "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. Ministro Teori Zavascki, DJe de 17/5/2016).

II - Antes da guinada jurisprudencial que o HC n. 84.078/MG, não permitindo execução provisória de pena privativa de liberdade, hoje superada pelo HC n. 126.292/SP, o Pretório Excelso, bem como este Tribunal Superior, já entendia que, no caso das penas restritivas de direitos, não cabia execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal (precedentes).

III - Assim, segundo entendimento assente na Quinta Turma deste Tribunal (AgRg no REsp n. 1.618.434/MG, AREsp n. 971.249/SP), é inadmissível a execução provisória de penas restritivas de direito.

Recurso provido para, reformando o v. acórdão recorrido, suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente."

(RHC 80.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/3/2017, DJe 7/4/2017, grifou-se).

Ainda, a 3ª Seção do STJ, aplacando divergência que existia entre a 5ª e a 6ª Turma 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).

Tal entendimento foi ratificado pela Terceira Seção, em 24/10/18, nos autos do AgRg no HC 435.092/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI, Rel. p/ acórdão Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, bem como pela Segunda Turma do STF:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. GARANTIA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXECUÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. O ART.

Superior Tribunal de Justiça

147 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS NÃO FOI OBJETO DE ANÁLISE PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NAS ADCs 43 e 44. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - O art. 147 da Lei de Execuções Penais determina que a pena restritiva de direitos será aplicada somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

II - O entendimento até então esposado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a possibilidade da execução antecipada da pena deu-se pela análise de medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que ainda aguardam pronunciamento de mérito. Por sua vez, a decisão proferida no ARE 964.246/SP, julgado pela sistemática da repercussão geral, não tratou especificamente de execução antecipada de pena restritiva de direito, vedada pelo art. 147 da LEP, mas, tão somente, de pena privativa de liberdade, hipótese essa prevista no art. 283 do Código de Processo Penal.

III - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgR no RE 1.175.109/MG, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 12/4/2019, DJe 26/4/2019, grifou-se).

Ante o exposto, **não conheço** do writ, mas **concedo habeas corpus**, de ofício, para suspender, até o trânsito em julgado da condenação, a execução provisória da pena restritiva de direitos imposta à paciente na Ação Penal n. 0003874-94.2014.8.24.0054.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministro RIBEIRO DANTAS
Relator