AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.402.790 - SC (2018/0311009-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE	:	DARLAN DE SOUZA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por DARLAN DE SOUZA contra decisão proferida pela Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que não admitiu seu apelo nobre.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

No julgamento da apelação, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso ministerial, a fim de impor ao réu a pena restritiva de direitos referente a prestação pecuniária, no valor de 1 (um) salário mínimo, com destinação à entidade de cunho social a ser designada pelo juízo da execução, mantendo-se, no mais, a sentença condenatória.

Interposto recurso especial, este não foi admitido pela Instância de origem, ensejando a presente insurgência, na qual o agravante sustenta que os óbices indicados na decisão objurgada não incidiriam *in casu*.

Requer o acolhimento do agravo a fim de que seja admitido e provido o apelo raro.

O MPF, às fls. 407-415, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

No recurso, pretende o recorrente a modificação da prestação pecuniária imposta por multa, por se tratar de sanção menos gravosa. Argumenta que a pena mais severa foi aplicada sem a apresentação de fundamentos jurídicos capazes de justificar a opção feita pela Corte de origem, violando o dever constitucionalmente imposto de fundamentação das decisões judiciais.

A par dos fundamentos declinados pelo Tribunal *a quo* por ocasião do juízo de admissibilidade provisório ali realizado, constata-se que, de fato, o recurso especial interposto não merece seguimento.

Isso porque, no que concerne ao assinalado vilipêndio ao artigo 44, § 2º, do Código Penal, o Verbete Sumular n.º 83/STJ, mais uma vez, impede a admissão do apelo extremo.

Sobre o capítulo, a Corte recorrida assentou (e-STJ fls. 276-279):

> *"**A partir da discricionariedade fundamentada conferida ao julgador na escolha das penas restritivas de direitos, é lícito impor aos agentes também a prestação pecuniária como medida socialmente recomendável e razoável para reprovação do crime**, até porque o numerário reverterá em favor de entidade de cunho social, a ser designada pelo Juízo da Execução (CP, art. 45, § 1°).*
> *Nenhuma das outras penas restritivas de direitos*

elencadas no art. 43 do CP mostra-se condizente com a reprovação suficiente que o delito merece e, de outro lado, trata-se de crime que cumula pena privativa de liberdade com multa, a qual já foi aplicada em decorrência do mandamento legal, de modo a afastar a possibilidade de impor outra multa, tal qual a descrita na parte final do § 2° do art. 44 do CP.

Convém registrar que nada impede a aplicação conjunta da prestação pecuniária com a multa tipo, justamente porque se tratam de institutos autônomos. A primeira trata de pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, prevista no CP, ao passo que a segunda é a pena do próprio tipo penal, cuja base tem descrição na Lei 11.343/2006.

[...]

Em relação ao quanto devido a título de prestação pecuniária, o art. 45, §1°, do CP, permite que o juiz fixe importância não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, devendo, para tanto, atentar, fundamentadamente, às condições condenado e ao caráter repressivo da pena.

Embora a prestação pecuniária tenha caráter reparatório, é, ainda, medida repressiva. Logo, para que o julgador fixe seu valor acima do mínimo estabelecido em lei, imperioso que conste da decisão os motivos que o levaram a essa determinação, consoante a exigência do artigo 93, Constituição Federal.

O arbitramento não fundamentos expostos na dosimetria da pena. Deve o magistrado analisar todos os aspectos jurídicos e sociais que envolvem o agente, como por exemplo, a sua situação financeira, as consequências de como o fato delituoso foi praticado e sua profissão. Aliás, é lícito ponderar inclusive o aspecto econômico da cidade, uma vez que pode influenciar em sua atividade profissional.

Portanto, diante do caráter de pena, ainda que restritiva de direitos, é indispensável que a fixação da prestação pecuniária acima do mínimo legal tenha fundamentação idônea. Não havendo, impõe-se a reforma da sentença para arbitrar a pena pecuniária em um salário mínimo.

No caso, além de o Juízo singular ter arbitrado o valor unitário da multa tipo no mínimo legal, já dando, pois, noção da capacidade econômica dos agentes (CP, art. 60, caput), ao compulsar os autos verifica-se que Darlan exercia a função de auxiliar de pedreiro, com renda aproximada de R$ 1.000,00 (fl. 9), e Marcionei trabalhava como pintor e recebia aproximadamente R$ 1.200,00 (fl. 15).

> *Não sobreveio nenhum outro elemento probatório a demonstrar a situação econômico financeira dos apelados.*
> *[...]*
> *Tal contexto, portanto, enseja a fixação da prestação pecuniária no valor mínimo de 1 (um) salário mínimo, devido por cada recorrido, que deverá a ser destinado à entidade de cunho social, a ser designada pelo Juízo da Execução."*

Da leitura do trecho transcrito, verifica-se que o aresto impugnado converge ao entendimento assente por este Tribunal Superior sobre o tema, na senda de que "*fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal" (AgRg no HC 480.656/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 08/03/2019).*

Ademais, o julgador está autorizado a escolher quais medidas restritivas de direitos serão aplicadas ao caso concreto, desde que a escolha seja feita mediante apresentação de fundamentação adequada, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ART. 14, CAPUT, DA LEI 10.826/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. PLEITO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 147 DA LEP EM VIGOR. ENTENDIMENTO RATIFICADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*
> *1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de 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 a justificar a concessão da ordem, de ofício.*
> *2. **O entendimento desta Corte Superior é de que "a dosimetria da pena 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 320.209/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, Dje de 23/5/2017). No caso, a pena de 2 anos de reclusão foi substituída por duas restritivas de direitos, tendo em vista a maior reprovabilidade do delito, evidenciada pelas circunstâncias em que ocorreu.***
> *3. "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." (AgRg no REsp n. 1.750.730/RS, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria*

Thereza de Assis Moura, DJe de 28/08/2018).
4. A Terceira Seção, no julgamento do EResp 1.619.087/SC, na sessão de 14/6/2017, adotou a orientação quanto à impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direito, sendo indispensável, em tais casos, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal.
5. Tal entendimento foi reafirmado pela Terceira Seção desta Corte com o julgamento, em 24/10/2018, do HC 435.092/SP, DJe 26/11/2018, Relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.
6. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para suspender a execução das penas restritivas de direitos, até o trânsito em julgado da condenação.
(HC 482.387/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2019, DJe 15/02/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. POSSE E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MODALIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
1. Interpostas duas peças de agravo regimental pelo ora recorrente - uma pela Defensoria Pública estadual e outra pela Defensoria Pública da União -, pelo princípio da unirrecorribilidade, não se conhece do segundo recurso interposto.
2. Nos casos de condenação superior a 1 ano, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal.
*3. **O magistrado possui discricionariedade para, à luz das peculiaridades do caso concreto, decidir por uma das possibilidades de substituição da pena previstas no art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal. Não há como eximi-lo da obrigação de, diante do caso analisado, apresentar fundamentação idônea que justifique o porquê de sua escolha, conforme o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal.***
4. A quantidade de delitos pelos quais o paciente foi condenado e o quantum de pena imposta configuram fundamentos idôneos para a escolha menos favorável, motivo pelo qual não há constrangimento ilegal a ser reconhecido in casu.
5. Agravo regimental da Defensoria Pública da União não conhecido e agravo regimental da Defensoria Pública estadual não provido.
(AgInt no HC 408.402/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 19/02/2018)"

Por tais razões, afigurando-se inadmissível o apelo nobre, **conhece-se do agravo para negar provimento ao recurso especial**, nos termos do artigo 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

Publique-se e intime-se.

Brasília (DF), 12 de abril de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator