HABEAS CORPUS Nº 493.770 - SC (2019/0045437-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE	:	DIONES LICHEL DOS SANTOS

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DIONES LICHEL DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Brusque/SC condenou o paciente, por infração ao art. 306, § 1º, inciso II, do Código de Trânsito Brasileiro, à pena de 6 meses de detenção, e multa, e suspensão do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária (e-STJ fls. 95/101).

Irresignado, o paciente, assistido pela Defensoria Pública estadual, interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado parcial provimento apenas para reduzir o *quantum* da pena substitutiva para o valor de 1,5 salários mínimos, com base no valor à época dos fatos, e determinou a execução antecipada da pena restritiva de direitos, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 159):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INVIABILIDADE. APELANTE AGRACIADO COM O MESMO BENEFÍCIO HÁ MENOS DE CINCO ANOS.*
>
> *PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. CONFISSÃO JUDICIAL*

> *DO RECORRENTE CORROBORADA PELO AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA E PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS.*
>
> *ALTERAÇÃO DA REPRIMENDA SUBSTITUTIVA POR OUTRA MAIS BENÉFICA. NÃO ACOLHIMENTO. SITUAÇÃO QUE SE ENCONTRA DENTRO DA ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO, E INDEPENDE DA VONTADE DO RÉU.*
>
> *READEQUAÇÃO DO "QUANTUM" DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VIABILIDADE. VALOR FIXADO QUE SE MOSTRA EXCESSIVO. REDUÇÃO PARA 1,5 SALÁRIOS MÍNIMOS.*
>
> *EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 142.750/RJ). POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL. IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA SUBSTITUTIVA QUE SE IMPÕE.*
>
> *RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA REDUZIR O VALOR DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.*

Opostos embargos de declaração pela defesa, a 2ª Câmara Criminal acolheu os presentes embargos para readequar o valor da pena substitutiva, no *quantum* de R$ 1.182,00, sendo que, após descontado o valor da fiança, o paciente deverá efetuar o pagamento da quantia remanescente de R$ 382,00 (e-STJ fl. 175).

No presente *writ*, a DPE-SC sustenta flagrante constrangimento ilegal contra o paciente em face das decisões do Tribunal *a quo*, o qual não reconheceu a nulidade da condenação em virtude da não observância ao direito subjetivo do acusado à suspensão condicional do processo, embora preenchidos os requisitos do art. 89 da Lei n. 9.099/1995; tampouco foi reconhecida a ilegalidade da sentença que não apresentou qualquer fundamentação para substituir a pena aplicada por uma restritiva de direitos, ao invés de multa, opção esta que seria menos gravosa ao réu.

Por fim, pugna, liminarmente, pela suspensão dos efeitos da condenação ou, subsidiariamente, pela suspensão da ordem de execução

imediata da pena restritiva de direitos, até o julgamento definitivo deste *habeas corpus*. No mérito, pleiteia pela anulação do acórdão ora impugnado, determinando-se a intimação do Ministério Público para que formule a referida proposta na forma do art. 89 da Lei 9.099/1995, subsidiariamente, substituir a pena de detenção unicamente por multa.

O pedido liminar foi deferido apenas "para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da ação penal para que se inicie a execução da pena restritiva de direitos" (e-STJ fls. 181/187).

As informações foram devidamente prestadas pelas instâncias ordinárias (e-STJ fls. 193/195, 197/238).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem, em parecer assim ementado (e-STJ fl. 242):

> *PENAL. CRIME DE TRÂNSITO (EMBRIAGUEZ AO VOLANTE). SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. PACIENTE JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE COM O MESMO BENEFÍCIO (ART. 77, II, DO CÓDIGO PENAL). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA, E NÃO POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO QUE JÁ PREVÊ A APLICAÇÃO DE MULTA. PRECEDENTE DESSA CORTE SUPERIOR. - PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório. **Decido.**

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato

ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC n. 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe de 27/5/2015; e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ de 28/2/2014.

Destarte, de início, incabível o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Após consulta processual ao sítio eletrônico do TJSC, verifico que, na data de 10/4/2019, o acórdão referente à Apelação Criminal n. 0006207-17.2015.8.24.0011 transitou em julgado, portanto, após essa data, não há óbice à execução da pena restritiva de direitos.

Superada essa questão, não merece prosperar o argumento defensivo sobre a inobservância do direito subjetivo do paciente à suspensão condicional do processo (*sursis* processual), isso porque, conforme as certidões de antecedentes criminais às e-STJ fls. 91/93, o paciente já havia sido beneficiado com o referido benefício legal em 18/8/2010, o que revela a incompatibilidade da medida postulada.

A propósito:

> *PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA SOBRE A DATA DE JULGAMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. NULIDADE NÃO COMPROVADA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 77, II, DO CP. WRIT NÃO CONHECIDO.*
>
> *[...]*
>
> *5. Da interpretação sistemática dos arts. 89 da Lei n. 9.099/1995 e 77, III, do Código Penal, tem-se que a suspensão condicional*

do processo será deferida quando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizarem a concessão do benefício.

6. Embora tenha o Ministério Público feito menção ao art. 76 da Lei n. 9.099/1995, que versa, por certo, acerca do benefício da transação penal, a negativa da suspensão condicional do processo está baseada no fato de ora paciente ter sido beneficiado, há menos de cinco anos, como a mesma benesse, o que constitui fundamentação válida para o seu indeferimento.

7. Writ não conhecido.

(HC 366.668/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe de 23/11/2016)

Observa-se que o paciente não preenche o requisito objetivo previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, *in verbis*:

" Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Art. 77, CP - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de

> *11.7.1984)*
>
> *§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *§ 2o A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão."*

Além do *parquet* não propor a suspensão condicional do processo, verifico que, pelo fato de ser beneficiado anteriormente, os antecedentes do paciente não recomendam a aplicação do mesmo benefício. Argumento que recebe relevância no sentido de que, conforme ressaltado pelo Tribunal *a quo, "o processo anterior, em que concedido inicialmente o benefício da suspensão condicional, foi extinto em 12/08/2013, sendo que o novo delito foi praticado em 04/12/2015, pouco mais de dois anos depois do início do prazo depurador. Deste modo, entende-se pela impossibilidade de concessão da benesse requerida, motivo pelo qual deve ser afastada a preliminar"* (e-STJ fl. 163).

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO PREVENTIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. MAUS ANTECEDENTES. ANTERIORMENTE BENEFICIADO COM SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO, VOLTOU, EM TESE, A DELINQUIR. NECESSIDADE DE OBSTAR REITERAÇÃO DELITIVA. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.*
>
> *1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.*
>
> *2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento*

jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

3. A despeito de o paciente ter sido flagrado com pequena quantidade de entorpecentes, as circunstâncias dos autos compõem contexto que indicam a necessidade da segregação. Se por um lado, os elementos colhidos na investigação denotam a vinculação do paciente com associação criminosa destinada à comercialização ilícita de entorpecentes - na qual, frise-se, quatro coacusados já foram condenados -, a apreensão de arma de fogo em seu poder, bem como seu histórico delitivo, denotam sua periculosidade e demonstram a necessidade da prisão como forma de garantir a ordem pública e prevenir a reiteração delitiva.

4. Destaque-se que, anteriormente beneficiado com suspensão condicional do processo, voltou, em tese, a delinquir, demonstrando sua falta de propensão para assimilar a terapêutica penal, bem como a insuficiência de medidas mais brandas.

5. O entendimento desta Corte é assente no sentido de que, estando presentes os requisitos autorizadores da segregação preventiva, eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes para afastá-la. 6. Ordem não conhecida.

(HC 458.953/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe de 14/2/2019)

No tocante ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por multa, e não por prestação pecuniária, assevero que não obstante a suposta falta de fundamentação para a escolha da prestação pecuniária em substituição à multa, esta Corte Superior possui entendimento 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, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, DJe de 15/10/2018).

A defesa aduz que, estabelecida a pena em patamar igual ou inferior a um ano, dentre as penas substitutivas (restritiva de direitos e multa), o Magistrado singular não tinha discricionariedade para escolher a mais gravosa.

No caso em comento, o paciente foi condenado nas iras do art. 306 do CTB, que assim dispõe:

> *" Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)*
>
> *Penas - **detenção,** de seis meses a três anos, **multa** e **suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.***
>
> *[...] "*

Assim, o paciente foi condenado às penas de 6 meses de detenção, em regime inicial aberto, 10 dias-multa e suspensão para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 meses, substituída a reprimenda corporal por uma restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária (e-STJ fl. 100).

Nesse contexto, 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.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. ESCOLHA FUNDAMENTADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE DIREITO DE ESCOLHA*

PELO RÉU. AUSÊNCIA DE RISCO À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO POR ATO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO COM A MULTA PREVISTA CUMULATIVAMENTE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada por esta Corte Superior, não existe direito subjetivo do réu em optar, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se prefere a duas penas restritivas de direito ou uma restritiva de direitos e uma multa.

Desse modo, não há falar em constrangimento ilegal que gere risco a liberdade de locomoção do paciente que justifique a concessão da ordem de habeas corpus de ofício.

2. "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, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/10/2018)

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no HC 456.224/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 21/3/2019, DJe de 1/4/2019)

[...] 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, DJe de 19/12/2017).*

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus.* Diante do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, **fica sem efeito a liminar deferida**.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator