**HABEAS CORPUS Nº 486.560 - SC (2018/0345931-0)**

| | | |
|---|---|---|
| **RELATOR** | **:** | **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK** |
| IMPETRANTE | : | MIGUEL TEIXEIRA FILHO E OUTROS |
| ADVOGADOS | : | CRISTIANO DE OLIVEIRA SCHAPPO - SC010959 |
| | | MIGUEL TEIXEIRA FILHO - SC008983 |
| | | GRASIELA MICHELUTTI - SC031346 |
| | | FELIPE RODRIGUES TEIXEIRA - SC039461 |
| IMPETRADO | : | TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA |
| PACIENTE | : | HILÁRIO PAULO HORST |

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, com pedido de liminar, impetrado em benefício de HILÁRIO PAULO HORST contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, proferido na Apelação Criminal n. 0039441-84.2007.8.24.0038.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, a 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática de vinte delitos de sonegação fiscal, em continuidade delitiva (art. 1º, II, da Lei n. 8.137/90 c.c. o art. 71 do Código Penal). A sentença foi mantida em apelação da defesa, quanto ao ora paciente.

Neste *writ*, os impetrantes insurgem-se contra a valoração negativa do vetor *consequências do delito*, sob o argumento de que o valor do prejuízo causado ao erário deve ser considerado individualmente para cada delito, não pela soma de todos eles.

Alternativamente, afirma que o aumento não deve ser superior a 1/6.

Requer, em liminar, a suspensão da execução da pena e, no mérito, o afastamento da referida circunstância judicial desfavorável, com redução da pena e alteração do regime prisional.

Indeferido o pedido liminar e prestadas as informações pela autoridade coatora, o Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem, nos termos do parecer de fls. 1.250/1.253.

É o relatório.

Decido.

O presente *habeas corpus* não merece ser conhecido, pois impetrado em

substituição a recurso próprio. Contudo, passo à análise dos autos para verificar a possível existência de ofensa à liberdade de locomoção do ora paciente, capaz de justificar a concessão da ordem de ofício.

No caso, a controvérsia refere-se às circunstâncias do delito.

Nesse ponto, eis os fundamentos das instâncias ordinárias:

**Sentença**

*[...]*

*Das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP): na primeira fase da dosimetria observo que a culpabilidade á normal à espécie. Verifico às fls. 74-76 que o réu não registra antecedentes criminais. Não há informações sobre a conduta social e a personalidade do agente. Os motivos è as circunstâncias do crime são normais à espécie. As conseqüências do crime justificam o aumento da pena visto que se apropriou indevidamente do montante de R$ 349.181,59 (trezentos e quarenta e nove mil, cento e oitenta e um reais e cinqüenta e nove centavos). Ainda, por ser crime contra a ordem tributária, não há falar em comportamento da vítima.*

*Diante disso, fixo a pena base no mínimo legal de 2 (anos) anos e 6 (seis) meses de reclusão de 12 (doze) dias-multa.*

*Das agravantes e atenuantes: Não há agravantes nem atenuantes no crime.*

*Das causas de aumento e diminuição de pena: Não há causas de aumento e diminuição de pena.*

*Assim, fixo a pena definitiva em 2 (anos) e 6 (seis) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa. Em virtude do cometimento de 12 (doze) crimes da mesma espécie, conforme já consignado, aumento a pena de um deles em 2/3 (dois terços), tornando-a final em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 20 (vinte) dias-multas. O valor de cada dia-multa será no patamar de 1/10 (um décimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos diante da situação financeira do réu.*

*Fixo como regime inicial o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal.*

*Tendo em vista o quantum da pena, não substituo a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.*

*Da mesma forma, incabível a concessão do sursis.*

*[...]* (fls. 401/402).

**Acórdão**

*[...]*

*Quanto às conseqüências do delito, entendo que não merece reparo, porquanto o montante de impostos sonegados e devida ao Fisco - R$ 349.181,59 (trezentos e quarenta e nove mil, cento e oitenta e um reais e cinqüenta e nove centavos) - mostra-se reprovável, a ponto de*

> *agravar a reprimenda. Aliás, entendo que esse tipo de delito, embora não seja cometido com violência ou grave ameaça, causa danos consideráveis a toda a sociedade. O alto valor sonegado deixa de ser aplicado em outros locais, como escolas, hospitais, obras de saneamento básico etc. Logo, suas conseqüências são consideráveis e justificam o aumento de pena.*
>
> *[...]* (fl. 868).

A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que, *"por se tratar o crime continuado de uma ficção jurídica, na fixação da pena-base pode ser considerado o prejuízo total decorrente dos delitos cometidos em continuidade* (AgRg no REsp 1552195/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

No caso, o prejuízo total chegou a R$ 349.181,59 (trezentos e quarenta e nove mil, cento e oitenta e um reais e cinqüenta e nove centavos), justificando a valoração negativa do vetor *consequências* do delito. O aumento, porém, deve ser reduzido a 1/6, fração usualmente aplicada pela jurisprudência, tendo em vista a ausência de fundamentação concreta que justifique aumento mais elevado.

Nesse sentido:

> *PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO (ART. 155, § 1º, CP). DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO USUAL DE 1/6. PRECEDENTES. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *[...]*
>
> *IV - A jurisprudência dominante desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial.*
>
> *V - In casu, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base, em razão de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e maus antecedentes), em 9 (nove) meses de reclusão, ou seja, quase que o dobro da pena mínimo para o delito em*

*exame, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.*

*Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.*

*(HC 478.809/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 01/02/2019)*

Dessa forma, fixo a pena-base em 2 anos e 4 meses de reclusão, mais 11 dias-multa. Não há agravantes, atenuantes, causa de aumento ou diminuição de pena. Em razão do aumento de 2/3, decorrente da continuidade delitiva, fixo a pena definitiva em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, mais 18 dias-multa.

Considerando o *quantum* de pena, inferior a 4 anos, e a presença de somente uma circunstância judicial desfavorável, fixo o regime inicial aberto. Nesse sentido:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO POR ESTA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO.*

*[...]*

*REGIME INICIAL ABERTO. PROPORCIONALIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. POSSIBILIDADE.*

*1. Estabelecida a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, presente apenas uma circunstância judicial desfavorável, possível a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, em razão das circunstâncias do caso concreto.*

*2. Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 1277816/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018)*

Por último, mostra-se possível a substituição da pena por restritivas de direitos, uma vez que a referida circunstância judicial – consequências do delito – não está elencada no art. 44, III, do Código Penal. A propósito:

*AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, III, DO CP. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DAS*

*CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO CAUSA IMPEDITIVA.*

*1. As consequências do delito não estão entre as circunstâncias judiciais cuja negativação impediria a substituição, conforme previsto no art. 44, III, do Código Penal.*

*2. Agravo regimental provido para conceder a ordem de modo a determinar que o Juízo do feito promova a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*(AgRg nos EDcl no HC 409.908/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 24/11/2017)*

*PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PECULATO. NULIDADE. PLEITO DE NOVA PERÍCIA NO SISTEMA. EXAME REALIZADO POR PERITO DO JUÍZO. ASSISTENTE TÉCNICO DA DEFESA INTIMADO PARA ACOMPANHAR. QUESITOS FORMULADOS DEVIDAMENTE RESPONDIDOS. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRECLUSÃO. PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA MAIS DE UM ANO APÓS A PERÍCIA OFICIAL. REGIME INICIAL. MANTIDO SEMIABERTO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. AUSENTE BIS IN IDEM. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SANÇÃO BÁSICA EXASPERADA PELAS CONSEQUÊNCIAS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO. ART. 44, III, DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.*

*[...]*

*5. Constatado que a sanção inicial restou em patamar superior ao mínimo pelas consequências do delito, circunstâncias judicial não prevista no art. 44, III, do CP, faz-se de rigor a concessão de habeas corpus, de ofício, para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*6. Agravo regimental improvido, contudo, concedido habeas corpus de ofício para determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.*

*(AgRg no HC 419.218/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 24/05/2018)*

Ante o exposto, não conheço do *habeas corpus*, mas concedo a ordem de ofício para fixar a pena do paciente em 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, em regime aberto, mais 18 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo de primeiro grau.

Publique-se.

Intimações necessárias.

Brasília, 16 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator