AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.448.773 - SC (2019/0047593-9)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
AGRAVANTE	:	RONILDO COUTO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, § 2º, DO CP. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À ESCOLHA DA MODALIDADE FIXADA (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE). NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. PRECEDENTES. RETORNO DOS AUTOS.
Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial nos termos do dispositivo.

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por **Ronildo Couto** contra a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, em juízo de admissibilidade, inadmitiu o recurso especial por ele apresentado, em que impugnava o acórdão prolatado na Apelação Criminal n. 0007599-87.2014.8.24.0023.

Narram os autos que o agravante, denunciado juntamente com outra corré pela suposta subtração, mediante rompimento de obstáculo, de 51 peças de roupas e 14 cabides de um estabelecimento comercial, foi, após regular instrução, condenado, como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direitos (fls. 152/161).

Apenas a defesa apelou. O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (fl. 226):

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (ARTIGO 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO CONTESTADAS. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA, COM A CONSIDERAÇÃO EFETIVA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ART. 65, III, "D", DO CÓDIGO PENAL). PENA-BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO ABSTRATAMENTE COMINADO AO DELITO. ATENUANTE QUE NÃO

> AUTORIZA, NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA, A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ENTENDIMENTO PACIFICADO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E NESTA CORTE DE JUSTIÇA. SANÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> 1. A aplicação da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça justifica-se na medida em que "as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador" (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 439).
>
> 2. Assim, uma vez fixada a pena, na primeira fase, em seu mínimo legal, não se admite a sua diminuição, na segunda etapa, em razão de atenuantes genéricas.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados, mediante os fundamentos sintetizados nesta ementa (fl. 251):

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA QUE NÃO FOI SUSCITADA PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. DESÍGNIO DE INOVAR AS TESES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE E/OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS REJEITADOS. CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO IGUALMENTE INCABÍVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.
>
> 1. Os embargos declaratórios só podem ser usados com a finalidade precípua de esclarecer ambiguidades, obscuridades e contradições ou sanar omissão existente no julgado, a teor do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, não constituindo meio processual adequado para provocar o julgador a que renove ou reforce a fundamentação já exposta no decisum atacado, ou, ainda, que proceda à análise de novas teses recursais, até então não objeto de insurgência.
>
> 2. "[..] Os embargos declaratórios não podem, de regra, inovar em relação aos temas apresentados na decisão recorrida [...r. (STJ - Edcl no REsp. n. 526.905/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 8/3/2005).
>
> 3. Ausente qualquer constrangimento ilegal na decisão impugnada, não há que falar na concessão de habeas corpus de ofício.

Nas razões do especial, a Defensoria Pública apontou negativa de vigência do art. 44, § 2º, do Código Penal. Sustentou, em suma, a ausência de fundamentação para a escolha da medida menos favorável ao acusado, estando presentes, no caso, as condições necessárias para a substituição à pena de multa, única e exclusivamente (fl. 275). Requereu a readequação da pena substitutiva imposta por uma pena de multa (fl. 275).

Apresentadas contrarrazões (fls. 279/283), o Tribunal de origem não admitiu o recurso, por incidência das Súmulas 83 e 211/STJ (fls. 285/291).

Contra essa decisão a Defensoria interpõe agravo (fls. 298/306). Instado a se manifestar, o *Parquet* Federal opinou pelo não conhecimento e desprovimento do recurso, nos seguintes termos (fl. 335):

> Agravo em Recurso Especial. Crime contra o patrimônio. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 83 e 211 do STJ. Inovação recursal. Parecer pelo não conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

Presentes os requisitos de admissibilidade do agravo, passo ao exame das razões recursais.

Busca a defesa a reforma do acórdão recorrido, a fim de que seja readequada a pena substitutiva imposta ao ora agravante e aplicada exclusivamente a pena de multa. Sustenta que não houve fundamentação idônea para não conceder a pena mais favorável ao réu.

Extrai-se dos autos que o agravante foi condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Irresignada com a sentença condenatória, a Defensoria interpôs apelação criminal, pugnando pela aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP). Negado provimento ao recurso, seguiu-se a oposição de embargos de declaração.

Ao julgar o recurso integrativo, consignou o Tribunal local (fls. 256/257):

> [...] Ao contrário do que sustenta o embargante, não houve omissão no aresto embargado. Pelo contrário, as alegações aventadas nas razões de recurso foram devidamente analisadas, entre as quais não se incluía a questão relativa à modificação da pena restritiva de direitos aplicada.
>
> Logo, observa-se que no acórdão vergastado apreciou-se detidamente as insurgências levantadas, desprovendo-se o recurso interposto, após acurada análise do conjunto fático-probatório existente nos autos.
>
> Destarte, se há inconformismo com a decisão, deve esse ser questionado por meio de recurso próprio, e não em sede de embargos de declaração, que têm função

> única e exclusiva de suprir as máculas descritas no art. 619 do Código de Processo Penal.
>
> A respeito, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:
>
> [...] Ainda que assim não fosse, ou seja, que se considerasse pertinente o exame de novas teses em sede de embargos de declaração, observa-se que a presente insurgência não haveria de ser acolhida.
>
> Isso porque, *in casu*, o juízo de primeiro grau, ao verificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos pelo art. 44 do Código Penal, procedeu à substituição da pena privativa de liberdade originalmente imposta ao réu/embargante por uma restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade (fl. 159).
>
> Com efeito, emana do dispositivo legal insculpido no § 2° do art. 44 do Código Penal que, na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos.
>
> A definição dos moldes em que se dará a substituição da reprimenda corporal, por sua vez, não se subordina, em absoluto, à vontade ou conveniência da parte, sendo certo, por outro lado, que "[..] cabe ao magistrado a escolha da pena que melhor se amolda à situação do réu, podendo recair sobre qualquer uma das penas restritivas de direitos, inexistindo uma ordem de preferência a ser seguida ou opção de escolha do apenado". (TJSC - Apelação Criminal n. 2005.016816-3, de Ponte Serrada, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 8/9/2008).
>
> Nesse sentido, no intento de robustecer o tema, salienta-se:
>
> [...]

Imperioso registrar as considerações feitas pela Magistrada singular acerca da questão (fl. 159):

> [...] Contudo, presentes os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade imposta ao acusado por uma restritiva de direito, consistentes em prestação de serviço à comunidade, pelo mesmo tempo da pena, à razão de uma hora por dia de condenação, relegando-se à fase da execução penal a escolha das entidades beneficiadas. [...]

Nos termos do art. 44, § 2º, primeira parte, do Código Penal, nos casos em que a reprimenda é igual ou inferior a 1 ano, preenchidos os demais requisitos, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa.

Acerca do tema, esta Corte Superior assentou sua jurisprudência no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade, nessas hipóteses, deve acompanhar a literalidade da disposição normativa contida na primeira parte do § 2º do art. 44 do Código Penal, ou seja, deve se dar por multa ou por uma pena restritiva de direitos. Confira-se: AgRg nos EDcl no REsp n. 1.273.768/PR, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 21/3/2012.

Assim, existindo duas possibilidades de sanções substitutivas e não havendo o legislador definido os critérios a serem adotados na escolha, compete ao magistrado realizar a opção no exercício do seu juízo discricionário, a qual **não dispensa a devida fundamentação de modo individualizado nas circunstâncias do fato e do processo**, em atenção ao princípio do livre convencimento motivado e ao mandamento constitucional inserto no art. 93, IX, da Constituição Federal (AgRg no AgRg no AREsp n. 682.612/RJ, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 11/11/2016).

Na espécie, verifico que a Magistrada sentenciante não indicou, de forma induvidosa, nenhum motivo pelo qual optara pela prestação de serviços à comunidade, como pena alternativa. E o Tribunal de Justiça, ao confirmar o édito condenatório, também não apontou nenhuma motivação concreta capaz de justificar a manutenção da pena substitutiva aplicada, o que demonstra a carência de fundamentação válida.

Nesse sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. OPÇÃO MAIS GRAVE. ART. 44, § 2º, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL - CP. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO DESPROVIDO.
>
> 1. Não havendo fundamentação idônea que justifique a opção mais grave, prevista no art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal, é necessária a conversão da pena pela sanção mais favorável, ou seja, substituição por uma pena restritiva de direitos e multa.
>
> 2. Agravo regimental desprovido.
>
> (AgRg no AREsp n. 1.339.958/SC, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 22/4/2019)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. FURTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MULTA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
>
> 1. Nos casos de condenação igual ou inferior a 1 ano, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por multa ou por uma pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal.
>
> 2. Cabe ao magistrado, ao decidir pela substituição da pena previstas no art. 44, § 2º, do Código Penal, apresentar fundamentação idônea de modo a justificar o motivo de sua escolha pela pena restritiva de direitos.
>
> 3. A opção somente pela pena de multa apresenta-se como mais favorável ao acusado do que a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, na modalidade de prestação de serviços à comunidade (que, em caso de descumprimento injustificado, pode ser convertida em prisão, nos termos do art. 44,

> § 4º, do Código Penal) (HC 401.695/SC, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe 6/11/2017).
>
> 4. Agravo regimental improvido.
>
> (AgRg no HC n. 414.477/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 18/3/2019)

Sendo assim, mostra-se o acórdão recorrido em contradição com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, cabendo ao Tribunal de origem complementar o julgamento, no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, declinando, por conseguinte, os motivos da escolha da pena alternativa aplicada.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *c*, do RISTJ, **conheço** do agravo para **dar provimento** ao recurso especial, a fim de anular o acórdão recorrido, bem como a sentença por ele mantida, tão somente quanto à substituição da pena corporal, para que promova a Corte *a quo* a adequada fundamentação da pena imposta, nos termos acima explicitados.

Publique-se.

Brasília, 18 de junho de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator