

**HABEAS CORPUS Nº 522.889 - SC (2019/0214112-7)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
RODRIGO MARTINS CAVALCANTE AMORIM - AL010734  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : RAFAEL ANDRE DA COSTA  
**INTERES.** : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de RAFAEL ANDRE DA COSTA contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 0021788-70.2014.8.24.0023.

Segundo consta dos autos, o paciente foi condenado pelo Juízo de primeiro grau, à pena de 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 6 dias-multa, com substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, pela prática do delito previsto no art. 171, §§ 1º e 2º, inciso I, na forma do art. 69, todos do Código Penal (e-STJ fls. 133/150).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido (e-STJ fls. 233/225 e 232/248), nos termos da seguinte ementa:

*APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATOS (ART. 171, § 1º E § 2º, INCISO I, POR DUAS VEZES, NA FORMA DO ART. 69 AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.*

*PRELIMINAR. NULIDADE NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO JUDICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE.*

*MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE, VISANDO OBTER VANTAGEM ILÍCITA E, MEDIANTE ARDIL, UTILIZA NÚMEROS DOS CARTÕES DE CRÉDITO DE TERCEIROS PARA EFETUAR COMPRAS ONLINE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS CORROBORADAS PELOS*

*DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU. CONTEXTO PROBATÓRIO ESTREME DE DÚVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.*

*PRETENSA SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS CONSISTENTE EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE POR PENA ISOLADA DE MULTA. NÃO ACOLHIMENTO. PRESCINDIBILIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DA REPRIMENDA MAIS BENÉFICA. ESCOLHA QUE FICA A CARGO DO MAGISTRADO SINGULAR. OBSERVÂNCIA À DISCRICIONARIEDADE DESTE.*

*RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 263/268).

No presente *mandamus* (e-STJ fls. 3/14), a impetrante sustenta que o paciente sofre constrangimento ilegal, pois o Tribunal *a quo* substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, em vez de multa. Afirma que a substituição operada pela Corte local é mais gravosa e exige fundamentação específica, inexistente na hipótese dos autos. Nesse contexto, entende que o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por uma pena de multa.

Ao final, formula pedido liminar para que seja obstada a execução provisória da pena restritiva aplicada ao paciente. No mérito, pede que a substituição se dê por uma pena de multa.

A liminar foi deferida pelo Ministro Presidente (e-STJ fls. 277/278) para suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, assegurando-lhe o direito de aguardar em liberdade até o julgamento de mérito deste *habeas corpus* ou até o trânsito em julgado da condenação, o que ocorrer primeiro.

O Ministério Público Federal, por meio do parecer exarado às e-STJ fls. 355/364, opinou pela denegação da ordem, nos termos da seguinte ementa:

*EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR*

*UMA PENA RESTRITIVA DE DIREITO - PENA INFERIOR A 1 (UM) ANO DE RECLUSÃO - PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA - INCIDÊNCIA DO ART. 44, § 2º DO CP - DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO - PRECEDENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA NO SEGUNDO GRAU - POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE PENA RESTRITIVA DE DIREITO - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - PRECEDENTES DO STF - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. PARECER PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

É o relatório. **Decido.**

De início, o presente *habeas corpus* não comporta conhecimento, pois impetrado em substituição a recurso próprio. Entretanto, nada impede que, de ofício, seja constatada a existência de ilegalidade que importe em ofensa à liberdade de locomoção do paciente.

No presente *mandamus*, a impetrante sustenta que o acórdão impugnado impôs constrangimento ilegal ao paciente, pois, sendo estabelecida a pena em patamar não superior a um ano de prisão, caberia ao juiz substituí-la por uma restritiva de direitos ou multa, nos termos do § 2º do art. 44 do Código Penal e, sendo a pena de multa mais favorável ao paciente, pois não pode ser convertida em prisão, o juiz somente poderia optar pela pena menos favorável mediante fundamentação válida, o que não ocorreu no caso.

No caso, aponta que o Juízo sentenciante *simplesmente ignorou a possibilidade de promover a substituição da pena privativa de liberdade por uma multa, optando pela opção mais gravosa (uma pena restritiva de direitos) sem sequer fundamentar, de forma manifestamente ilegal* (e-STJ fl. 10).

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos (e-STJ fls. 244/246):

[...]

*A defesa postula a alteração da reprimenda restritiva de direitos consistente em prestação de serviços à comunidade para fixação isolada da pena de multa, conforme prevê o art. 44, § 2º, do Código Penal, porquanto aduz inexistir*

*fundamentação devida, bem como que a multa é sanção mais benéfica ao acusado.*

*Todavia, vislumbra-se inexistir razões para modificar o entendimento do magistrado singular, mormente porque está em consonância com a melhor interpretação da norma e atrelada a jurisprudência. Aliás, a legislação não determina que o sentenciante fundamente de forma exaustiva os motivos pelos quais considera razoável a reprimenda substitutiva escolhida.*

*Portanto, não havendo exigência para que seja fixada pena substitutiva, em tese, mais benéfica ao réu, deve ser observada a discricionariedade do julgador.*

*Isso porque, "incumbe ao juiz, dentro dos parâmetros estabelecidos por lei e das características do caso concreto, aplicar a pena, substituí-la e, dentre as reprimendas substitutivas, selecionar aquela(s) que melhor alcance(m) os objetivos da sanção, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização dos apenados" (Apelação Criminal n. 2014.058830-1, de Urubici, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 25-11-2014).*

*Em casos similares, esta Corte de Justiça já decidiu:*

*[...]*

*Diante dessas premissas, mantém-se incólume a sentença atacada.*

Com efeito, dispõe a literalidade do § 2º, do art. 44, do CP, que:

*§ 2º Na condenação **igual ou inferior a 1 (um) ano**, a substituição pode ser feita por **multa** ou por **uma pena restritiva de direitos**; se superior a 1 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.*

Todavia, a jurisprudência desta Corte Superior é firme 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 já possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade - como o tipo do art. 171, do Código Penal -, devendo-se privilegiar, em semelhantes hipóteses, a incidência da **medida restritiva de direitos**. Assim, não há ilegalidade flagrante na opção feita pelo Magistrado e mantida pelo Tribunal *a quo*.

A respeito, os seguintes precedentes:

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO*

**PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CABIMENTO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E LESÕES CORPORAIS CULPOSAS NO TRÂNSITO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. BENS JURÍDICOS TUTELADOS DIVERSOS. DELITOS PRATICADOS EM CONTEXTOS DIFERENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DESFAVORECIMENTO DA VETORIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA, QUE DESBORDA DO ORDINÁRIO DO TIPO. QUANTUM DE EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, EM VEZ DE POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE, NA OPÇÃO. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 306, DO CTB, QUE JÁ PREVÊ A PENA DE MULTA CUMULADA COM A PRISÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

*- A jurisprudência desta Corte Superior é firme também 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 já possuir previsão de multa cumulada com a pena privativa de liberdade - como o tipo do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro - devendo-se privilegiar, em semelhantes hipóteses, a incidência de duas medidas restritivas de direitos.*

*Assim, não há ilegalidade flagrante na opção feita pelo magistrado a quo e mantida pelo Tribunal a quo.*

*- Habeas corpus não conhecido. (HC 466.842/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 26/03/2019, DJe 16/04/2019)*

**PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 14, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 171/STJ. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

*II - In casu, o paciente foi condenado pelo crime descrito no art. 14, caput, da Lei n.º 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 2 (dois) a 4*

(quatro) anos e multa. Alegou que a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, demandaria fundamentação idônea, e requereu a substituição por multa e uma restritiva de direitos, por considerar mais favorável.

**III - O v. acórdão, todavia, está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, sedimentada na Súmula n. 171/STJ, segundo a qual, 'Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'.**

*Habeas corpus não conhecido. (HC 456.802/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 23/10/2018)*

**PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MULTA. CUMULAÇÃO DE PENAS PECUNIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 171/STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

[...]

**II - O paciente foi condenado pelo crime descrito no artigo 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, e multa.**

**III - O pedido de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva e multa, e não por duas restritivas de direitos, conforme decidido no v. acórdão, esbarra na orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, sedimentada na Súmula n. 171/STJ, segundo a qual, 'Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa'. [...]**

*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 468.066/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 23/10/2018)*

**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.**

[...]

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 04/10/2018, DJe 15/10/2018)*

Assim, uma vez que o preceito secundário do delito de estelionato já contém previsão de pena de multa cominada de modo cumulativo à prisão, na substituição dessa última, nos termos da primeira parte do § 2.º do art. 44 do Código Penal, deve-se privilegiar a opção pela aplicação da pena restritiva de direitos.

Ademais, diante da notícia de que a ação penal (Processo n. 0021788-70.2014.8.24.0023) da origem já transitou em julgado em 17/9/2019, não há mais que se falar em execução provisória das penas impostas, tendo a

# *Superior Tribunal de Justiça*

liminar que foi deferida às e-STJ fls. 277/278 exaurido os seus efeitos.

Ante o exposto, ausente qualquer ilegalidade flagrante, com fundamento no art. 34, inciso XX, do RISTJ, **não conheço** do presente *habeas corpus*, exauridos os efeitos da liminar de fls. 277/278.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator