

HABEAS CORPUS Nº 522.086 - SC (2019/0209531-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
THIAGO YUKIO GUENKA CAMPOS - SC036306
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : JULIANO COSTA (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* (fls. 3/14) com pedido liminar impetrado em benefício de JULIANO COSTA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (Apelação Criminal n. 0000482-63.2017.8.24.0080).

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau de jurisdição, à pena de **1 ano de reclusão, em regime inicialmente aberto, substituída por uma restritiva de direitos (prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo), e mais 10 dias-multa**, pela prática do delito previsto no art. 171, *caput*, do Código Penal (e-STJ fls. 135/142).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, o qual foi desprovido, com determinação para a execução provisória das penas quando exaurida a possibilidade de interposição de recursos naquela instância (e-STJ fls. 178/190). Segue a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO SIMPLES (CP, ART. 171, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. ESCOLHA DA PENA ALTERNATIVA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MENOSPREZO AO PATRIMÔNIO ALHEIO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

É adequada a substituição da pena privativa de liberdade não superior a um ano por prestação pecuniária se o acusado, condenado por estelionato, subtrai cheque de sua ex-companheira, preenche-o e utiliza-o para adquirir mercadorias de supermercado.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No presente *mandamus*, a impetrante aponta a ocorrência de ilegalidade na substituição da pena privativa de liberdade imposta ao paciente por uma restritiva de direitos, em vez de a substituir por multa, sem que tenha sido apresentada fundamentação válida para a opção pela solução mais gravosa.

Aduz, no ponto, que, estabelecida a pena em patamar igual ou inferior a 1 ano, cabe ao juiz singular a substituir por uma sanção restritiva de direitos ou por multa. A escolha pela primeira dentre as duas opções referidas, por ser consequência menos benéfica ao paciente, demanda fundamentação concreta.

Alega, nesse sentido, que, sendo a pena de multa mais favorável ao acusado, por não poder ser convertida em prisão, o juiz somente poderá optar pela pena restritiva de direitos mediante fundamentação concreta e válida. Na ausência da mencionada motivação concreta, torna-se imperativa a solução mais favorável ao paciente, vale dizer, a substituição da pena de reclusão, exclusivamente, por multa, até mesmo porque, no caso, todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao condenado.

Ao final, em caráter liminar, requer seja a ordem concedida para suspender os efeitos da condenação, ou, subsidiariamente, para suspender a ordem de execução antecipada da pena restritiva de direitos. No mérito, postula pela readequação da pena substitutiva imposta ao paciente, sendo substituída exclusivamente por multa.

A liminar foi deferida pelo Ministro Presidente (e-STJ fls. 205/206) 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 manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* e, no mérito, pela denegação da ordem (fls. 244/252), nos termos da seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTELIONATO. PENA FIXADA EM UM ANO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITO (PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA). PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO POR MULTA. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. “Jurisprudência acolhida por esta CORTE, consoante o julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Plenário Virtual, DJe de 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência, prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

2. O entendimento consolidado não se restringiu aos réus condenados a penas privativas de liberdade, alcançando também aqueles cujas penas corporais tenham sido substituídas por restritivas de direitos. Precedentes”.(RE 1169624 ED, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 15/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 25-02-2019 PUBLIC 26-02-2019)

3.Parecer pelo não conhecimento da impetração e, no mérito, 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. 11).

A matéria ficou posta, na origem, nos seguintes termos (e-STJ fl. 189):

[...]

No que concerne à opção por uma das penas restritivas de direitos em detrimento de outra (ou da aplicação exclusiva da pena de multa), ainda que a Magistrada Sentenciante não se tenha alongado sobre o tema, tem-se que a imposição da sanção do art. 43, IV, do Código Penal é a mais adequada.

Juliano Costa foi condenado por subtrair uma cártula de cheque da sua ex-companheira Jussara Ribeiro Cordeiro, preenchê-la de próprio punho e assiná-la como "Jussara R. Cordeiro", e depois adquirir algumas mercadorias, mediante a entrega do título de crédito.

É oportuno e adequado à reprovação do crime praticado pelo Apelante, por conta disso, impor a prestação pecuniária de importe equivalente ao do salário mínimo como reprimenda alternativa, para que ele atualize seu conceito de patrimônio e para que compreenda o valor do dinheiro alheio.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso e por seu desprovimento.

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 Nº 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. 0000482-63.2017.8.24.0080) da origem já transitou em julgado em 28/8/2019, não há mais que se falar em execução provisória das penas impostas, tendo a liminar que foi deferida às e-STJ fls. 205/206 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. 205/206.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator