

HABEAS CORPUS Nº 543.205 - SC (2019/0327662-6)

RELATOR : **MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO**
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RONALDO FRANCISCO - SC036396
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : EDSON BOAVENTURA DOS PASSOS
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública em favor de EDSON BOA VENTURA DOS PASSOS, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**, nos autos da apelação criminal n. 0017559-33.2015.8.24.0023.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado, em primeira instância, às penas de 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 12 (doze) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 171, **caput**, do Código Penal (fls. 414-421).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação perante o eg. Tribunal de origem, que, por unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em v. acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO. TIPO PENAL DEVIDAMENTE CARACTERIZADO. RÉU QUE MANTEVE VÍTIMA EM ERRO AO SE IDENTIFICAR COMO SÓCIO DE EMPRESA E FIRMAR CONTRATO DE UMA CARTA DE CRÉDITO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTE PARA CONFIRMAR O ENGODO REALIZADO PELO RÉU E PREJUÍZO DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. CIRCUNSTÂNCIA

JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. COM RAZÃO. PREJUÍZO SIGNIFICATIVO À VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO DO JUÍZO A QUO PARA VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (fl. 489).

Os embargos de declaração opostos pela defesa, às fls. 516-520, foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ILEGALIDADE NA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, EM VEZ DE SUBSTITUI-LA POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ACERCA DA SOLUÇÃO MAIS GRAVOSA. NÃO ACOLHIMENTO. OMISSÃO NÃO VERIFICADA. ESCOLHA DAS PENAS SUBSTITUTIVAS, PREVISTAS NO ARTIGO 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. NÍTIDO PROPÓSITO DE INOVAÇÃO RECURSAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE ORIGEM. EMBARGOS REJEITADOS" (fl. 516).

Dai o presente **writ**, onde a impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, bem como na análise desfavorável da circunstância judicial das consequências do crime e execução provisória das restritivas de direitos fixadas.

Requer, assim, a concessão da ordem para que seja promovida a substituição da pena privativa de liberdade por **uma** restritiva de direitos e **multa**, bem como pelo afastamento da valorização negativa do vetor consequências do crime, fixando a pena-base no mínimo legal.

O pedido liminar foi **concedido**, às fls. 527-530, apenas para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos, até o julgamento final deste **writ**.

Informações prestadas às fls. 538, 540-542 e 601.

O Ministério Público Federal, às fls. 605-617, manifestou-se pela concessão da ordem, em parecer assim ementado:

"EMENTA: PENAL e PROCESSUAL PENAL. Habeas corpus substitutivo do recurso próprio. Não cabimento. Estelionato. Substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, em lugar de duas restritivas de direitos. Impossibilidade. Óbice da Súmula 171/STJ. Dosimetria da pena. Consequências do crime. Prejuízo sofrido pela vítima. Fundamentação idônea. Execução provisória da pena restritiva de direitos. Impossibilidade. Novo entendimento do STF inadmitindo a execução provisória da pena, sobretudo no caso, da restritiva de direitos, antes do trânsito em julgado da condenação. Presença de constrangimento ilegal. Não admissão do writ, com a concessão de uma ordem ex officio" (fls. 605).

É o relatório.

Decido.

A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório **Excelso**, firmou orientação no sentido de não admitir **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do **habeas corpus** como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. No caso, incabível o presente **mandamus**, porquanto substitutivo de recurso especial.

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal

passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Inicialmente, é importante destacar que a aplicação da pena-base é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o **quantum** ideal de pena a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado.

Assim, para chegar a uma aplicação justa e suficiente da lei penal, deve o magistrado, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, atentar para as singularidades do caso concreto, guiando-se pelos fatores indicativos relacionados no **caput** do art. 59 do Código Penal, e indicar, especificamente, dentro destes parâmetros, **os motivos concretos pelos quais as considera favoráveis ou desfavoráveis**, pois é justamente a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.

De mais a mais, a dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena, **sendo permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena a ser aplicado**, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado.

Nesse contexto, pode-se concluir que **a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal** não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim, como ressaltado, um exercício de discricionariedade vinculada.

A propósito:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. [...]. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Por se tratar de matéria afeta à certa

discrecionariade do Magistrado, a revisão da dosimetria, na via do apelo extremo, tem caráter excepcional, sendo cabível apenas diante de manifesta ilegalidade, reconhecível de plano. Ademais, a fixação da pena não se submete a rígidos critérios matemáticos, mas sim a um juízo de discrecionariade vinculada. Precedentes.

[...]

5. Agravo regimental desprovido" (AgRg no AREsp n. 1.194.509/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 21/02/2018).

Para melhor delimitar a **questio**, colaciono o que dispôs o v. acórdão impugnado, sobre os temas:

"Por fim, no tocante ao pleito subsidiário de readequação da dosimetria, novamente, melhor sorte não socorre o apelante.

Com efeito, ao analisar os circunstâncias do judiciais do art. 59 do Código Penal, o juízo a quo, valorou como grave as consequências em razão do prejuízo sofrido pela vítima.

Nesse aspecto, importa sublinhar que o prejuízo financeiro da vítima em razão do ilícito alcançou R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), valor superior a cinco salário mínimos à época dos fatos.

Outrossim, vale ressaltar, a discrecionariade do juízo a quo ao fixar a pena.

[...]

Por tal, não se verifica irregularidade no incremento na pena base realizada pelo juízo sentenciante" (fl. 499).

Na hipótese, denota-se da leitura do excerto acima transcrito, que, conquanto tenha permanecido apenas uma circunstância judicial negativa (**consequências do crime**), as instâncias ordinárias, no seu juízo de discrecionariade, entenderam que prejuízo sofrido pela vítima não pode ser considerado pequeno tendo alcançado a quantia de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), valor superior ao salário mínimo vigente à época dos fatos. Tal razão, de fato, demonstra a maior gravidade concreta do delito, restando, pois, justificada a elevação da sanção básica nos termos da jurisprudência firmada pelo do Superior Tribunal de Justiça, **in verbis**:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, E § 3º, DO CP. DOSIMETRIA. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXPRESSIVO VALOR DAS RES FURTIVA RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PENA- BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP.

1. Reputa-se como válida a negatização das consequências do delito, notadamente pelo expressivo valor subtraído, R\$ 12.000,00 (doze mil reais) em dinheiro e R\$ 2.160,00 (dois mil, cento e sessenta reais) em cheques, aliado ao fato de grande parte do referido valor não ter sido restituído à vítima.

2. As consequências do crime consistem no conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime. Em concreto, as instâncias ordinárias concluíram que o crime causou à vítima grandes avarias materiais, haja vista o elevado valor do bem subtraído, consistente em um veículo Hyundai/HB20, o que ultrapassa largamente a perda patrimonial ordinariamente esperada para um crime de roubo (HC n. 444.181/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/6/2018).

3. Admite-se a exasperação da pena-base pela valoração negativa das consequências do delito com base no valor do prejuízo sofrido pela vítima” (AgRg no REsp n. 1.728.124/RO, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 6/6/2018).

4. Validada a negatização do referido vetor judicial e, conseqüentemente, estando a pena-base, de forma escoreta, disposta acima do mínimo legal, idônea a exasperação do regime prisional do agravante, notadamente com suporte no art. 33, § 3º, do Código Penal.

5. O art. 33, § 3º, do CP dispõe que "a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código". Assim, conquanto a pena tenha sido fixada em 4 anos de reclusão, revela-se correta a fixação do regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, "b", do CP, tendo em vista o registro de circunstância judicial negativa (maus antecedentes) na primeira fase da dosimetria (AgRg no AREsp n. 684.527/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Dje 20/6/2018).

6. Ainda que a quantidade de pena fixada recomende o arbitramento de regime prisional mais brando, o

respectivo recrudescimento se mostra adequado, nos termos do art. 33, § 3º, do CP, se estabelecido com fundamento nas circunstâncias judiciais desfavoráveis extraídas dos autos (AgRg no AREsp n.

763.859/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 28/8/2017).

7. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1699788/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018, grifei).

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO CONTRA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. FUNCIONÁRIA DO BANCO SANTANDER. REATIVAÇÃO DE CONTAS. PROVAS OBTIDAS POR MEIO DOS DADOS BANCÁRIOS. PROCEDIMENTO ÍNSITO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. LICITUDE DA PROVA.

1. Hipótese em que a instituição financeira constatou a movimentação indevida de contas inativas por meio de procedimento de auditoria interna, atividade inerente à instituição.

2. Configura-se procedimento lícito a averiguação de movimentações estranhas ocorridas nas contas mantidas pelo banco, não se tratando, a hipótese, de devassa indevida na conta corrente da ré, mas procedimento de auditoria em razão de movimentações espúrias verificadas pela instituição bancária, com utilização indevida de contas correntes que deveriam estar inativas.

3.É ínsita à atividade da instituição financeira o conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, inclusive funcionários, configurando-se impossível a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco. REALIZAÇÃO DE PROVA GRAFOTÉCNICA. DESNECESSIDADE. AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADA POR OUTROS ELEMENTOS. 1. Desnecessidade da realização da prova técnica se todos os elementos de convicção para a condenação foram bem delineados nos autos, 2. Nos termos das disposições contidas nos arts. 158 e 167 do Código de Processo Penal, a verificação da materialidade do delito pode ser suprida por outros elementos constantes dos autos, prescindindo da prova pericial se as circunstâncias do caso assim permitirem. 3. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "O indeferimento fundamentado de pedido de produção de prova não caracteriza constrangimento ilegal, pois cabe ao juiz, na esfera de sua discricionariedade, negar motivadamente a realização das

diligências que considerar desnecessárias ou protelatórias" (HC n. 198.386/MG, Rel. Ministro Gurgel de Faria, 5ª T., DJe 2/2/2015) e "É assente neste Tribunal Superior o entendimento de que 'o indeferimento de produção de provas é ato norteado pela discricionariedade regrada do julgador, podendo ele, portanto, soberano que é na análise dos fatos e das provas, indeferir, motivadamente, as diligências que considerar protelatórias e/ou desnecessárias, nos termos preconizados pelo § 1º do art. 400 do Código de Processo Penal' (HC 180.249/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 04/12/2012)" (RHC n. 47.079/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 4/2/2015, grifei). DOSIMETRIA DA PENA. EXCESSO DE PENA. NÃO OCORRÊNCIA. PERSONALIDADE. CONSEQUÊNCIAS. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Hipótese em que o Juízo sentenciante considerou como desfavoráveis a personalidade da ré e as consequências do delito e majorou a pena em 1 (um) ano acima do mínimo legal previsto para o delito de estelionato, também de 1 (um) ano de reclusão. 2. Correta a valoração negativa da personalidade da ré, diante da prática reiterada da conduta que se protraiu no tempo e somente foi interrompida com sua descoberta.

3. As consequências do crime devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, sendo que a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se eskorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal.

4. In casu, restou devidamente demonstrado que a vítima suportou dano material apto a justificar o incremento da pena-base.

5. Agravo desprovido". (AgRg nos EDcl no REsp 1575410/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018, grifei).

A Defesa sustenta, ainda, ausência de fundamentação na decisão de substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

In casu, o paciente foi condenado pelo crime descrito no art. 171, **caput**, do Código Penal, que prevê, em seu preceito secundário, a cominação de pena de reclusão, de 1 (ano) a 5 (cinco) anos, e **multa**.

Ao fixar a pena, o MM. Juiz sentenciante estabeleceu a pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 3 (três) meses de reclusão, em regime aberto,

substituída a pena reclusiva por duas restritivas de direitos.

Todavia, não se vislumbra constrangimento ilegal, uma vez que a decisão está em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, segundo a qual *"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"* (AgRg no HC n. 415.618/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 04/06/2018).

No mesmo sentido, é a inteligência da **Súmula nº 171** desta Corte Superior, que assim dispõe:

"Cominadas cumulativamente, em Lei Especial, penas privativa de liberdade e pecuniária, é defeso a substituição da prisão por multa."

Ressalte-se que tal entendimento vem sendo reiteradamente confirmado por esta Corte, conforme se depreende dos seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM UMA PENA SUBSTITUTIVA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRETENSÃO DEDUZIDA EM DESACORDO COM A SÚMULA 171 DESTA CORTE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Em se tratando de delito previsto em lei especial, constando do preceito secundário do tipo a cominação cumulativa de pena privativa de liberdade com pena pecuniária, inviável a substituição da pena corporal por multa. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

2. Agravo regimental improvido" (AgRg no REsp n. 1.750.730/RS, **Sexta Turma**, Rel.^a Min.^a **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 28/08/2018).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 (UM) ANO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DISCRICIONARIEDADE NA ALTERNATIVIDADE SANCIONATÓRIA. ORDEM NÃO CONHECIDA. [...]

2. No caso dos autos, o paciente foi condenado em primeira instância a uma pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto, substituída a pena corporal por restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, que restou reformado pelo Tribunal de origem a um pena definitiva de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime aberto, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação à comunidade e pagamento de 2 (dois) salários-mínimos à entidade social (e-STJ fls. 33-40).

3. Assim, condenado o paciente a uma pena superior a 1 (um) ano, poderá o magistrado, observando a conveniência e a oportunidade da substituição, e atendendo o preceito legal, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa, ou, duas penas restritivas de direito, sendo defeso a substituição da pena corporal por multa, quando em lei especial a pena privativa for cominada cumulativamente com pena pecuniária. Inteligência da Súmula 171 do STJ.

4. No caso, não se observa constrangimento ilegal a justificar a concessão do habeas corpus de ofício, porquanto a substitutividade da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. Precedentes do STF e STJ.

5. Habeas Corpus não conhecido" (HC n. 313.675/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 09/12/2015).

Quanto a execução provisória da pena restritiva de direitos, de acordo com as informações colhidas no site o eg. Tribunal de origem (<https://esaj.tjsc.jus.br>), a condenação **ainda não transitou em julgado**, o que impede o início da execução das penas substitutivas.

Ante o exposto, não conheço do **writ**.

Contudo, concedo **a ordem de ofício** para, confirmando a liminar

Superior Tribunal de Justiça

anteriormente concedida (fl. 527-530), suspender a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas ao paciente, até o trânsito em julgado da condenação.

P. e I.

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)

Relator