



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**HABEAS CORPUS Nº 531700 - SC (2019/0266346-0)**

**RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**  
**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 : DIEGO ALBINO GONCALVES**  
**PACIENTE : JOAO VITOR DA CRUZ**  
**INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

### DECISÃO

**DIEGO ALBINO GONÇALVES e JOÃO VITOR DA CRUZ** alegam sofrer coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina** na Apelação n. 0010113-26.2018.8.24.0038.

Informam que foram condenados a 2 anos e 8 meses de reclusão mais multa, em regime aberto, como incursos no art. 155, §§ 1º e 4º, I e IV, do Código Penal. A reprimenda privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade, pelo mesmo prazo da condenação, e prestação pecuniária, fixada em um salário mínimo vigente na data da sentença.

Aduzem que, inconformados, apelaram à Corte estadual, que negou provimento ao recurso e determinou "à autoridade judiciária de primeiro grau que, tão logo exaurida esta jurisdição, seja cientificada do teor do presente acórdão e adote as providências necessárias para o cumprimento da pena, nos termos do posicionamento do STF" (fl. 196).

Neste *mandamus*, entendem ser necessário o afastamento da qualificadora de

rompimento de obstáculo, ante a ausência do exame pericial. Também, ponderam ser o caso de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 2º do art. 155 do CP e assentam que o acórdão recorrido deixou de aplicar a multa substitutiva sem a indispensável fundamentação. Ainda, consideram que o valor atribuído à prestação pecuniária deveria ser fixado com base no salário mínimo vigente à época do crime e não na data da sentença, em analogia ao disposto no § 1º do art. 49 do CP.

Por fim, asseveram que o STJ pacificou a compreensão de que as penas restritivas de direito só podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Requerem: a) o afastamento da qualificadora do rompimento do obstáculo; b) a aplicação da causa especial de diminuição da pena do furto de modo que seja imposta pena exclusiva de multa ou seja diminuída em 2/3 a reprimenda na terceira fase da dosimetria; c) a substituição da pena de reclusão por uma restritiva de direitos e multa; d) a redução da pena substitutiva de prestação pecuniária para o valor de um salário mínimo vigente à época do fato; e) a suspensão da execução das reprimendas até o trânsito em julgado da condenação. Pleiteiam, ainda, que, caso não seja conhecido o habeas corpus, seja a ordem concedida de ofício.

O pedido liminar foi deferido apenas para sobrestar a execução provisória imposta.

O Ministério Público Federal opinou pelo "não conhecimento do habeas corpus e pela concessão parcial da ordem, de ofício, tão somente para suspender a execução provisória da pena restritiva de direitos" (fl. 280).

Em pesquisa processual no sítio eletrônico do Tribunal de origem, o gabinete constatou não haver notícias sobre eventual trânsito em julgado da condenação.

**Decido.**

**I. Supressão de instância – impossibilidade de concessão da ordem de ofício**

Inicialmente, como assinalado pelo membro do *Parquet* Federal, os pedidos de afastamento da qualificadora do rompimento de obstáculo, de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e multa e de fixação da prestação pecuniária pelo valor do salário mínimo vigente à época dos fatos **não foram tratados pelo Tribunal *a quo*, nem sequer foram abordados nas razões de apelação apresentadas pela defesa, como esclarecido pelo referida Corte.**

Ainda que opostos embargos de declaração, as questões **não foram apreciadas pelo Tribunal de origem, por configurarem inovação recursal, circunstância que obsta seu conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância.** Nesse sentido:

[...]

2. Constitui indevida inovação recursal a alegação, em embargos declaratórios, de matéria que poderia haver sido suscitada perante o Tribunal *a quo* em apelação.

[...]

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 482.373/SC, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 25/4/2019)

[...]

2. "É vedado à parte recorrente, em sede de embargos de declaração e agravo regimental, suscitar matéria que não foi suscitada anteriormente, em virtude da ocorrência da preclusão consumativa". (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.455.777/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2015)

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 744.187/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 28/11/2018)

Ademais, percebo que também **não prospera o pedido de concessão de habeas corpus de ofício.**

O Juiz de primeiro grau assinalou que **os vestígios do arrombamento desapareceram, haja vista ter sido feito o pronto reparo da vitrine.** Asseverou, todavia, estar **incontroversa a ocorrência da qualificadora do rompimento de obstáculo, "afirmada em uníssono por todas as testemunhas e acusados"** (fl. 150, grifei). Segundo a jurisprudência do STJ, o desaparecimento dos vestígios

causado pela pronta reparação dos danos causados configura hipótese na qual se pode excluir a necessidade da realização do laudo pericial. Nesse sentido, cito o AgRg no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.344.238/SP e o HC n. 375.569/SC.

Com relação à tese de violação do art. 44, § 2º, lembro que esta Corte Superior tem o entendimento de que, quando há previsão, no tipo penal, de **cumulação de pena privativa de liberdade com multa**, como no presente caso – os acusados foram condenados pela prática de furto qualificado –, **não é socialmente recomendável a substituição daquela por nova multa**. Assim, não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício.

Quanto ao pleito de aplicação analógica do art. 49, § 1º, do CP, consigno que a prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código Penal, tem a natureza de pena (restritiva de direitos), tratando-se de pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo e nem superior a 360 (trezentos e sessenta), nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal.

Por ser pena, em caso de descumprimento, pode ser convertida em sanção privativa de liberdade. Ao contrário, a reprimenda de multa – prestação de obrigação monetária perante o fundo penitenciário – cuida de valor fixado na sentença condenatória e calculado em dias-multa, cuja medida unitária não pode ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente à época do fato, nem superior a cinco vezes tal salário. Na hipótese de não pagamento, não será convertida em pena privativa de liberdade, pois incide na espécie a legislação própria da dívida ativa da Fazenda Pública, nos termos do art. 51 do Código Penal.

Assim, forçoso concluir que **a natureza diversa dos institutos inviabiliza a aplicação analógica do disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal**, "sobretudo diante do caráter de recomposição do dano causado à vítima da prestação pecuniária, que recomenda que seu valor deva estar o mais próximo possível da realidade" (RHC n. 46.882/ES, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 15/12/2014). Nesse sentido:

[...] 1. A prestação pecuniária prevista no art. 45, § 1º, do Código

Penal, tem a natureza de pena (restritiva de direitos), tratando-se de pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo e nem superior a 360 (trezentos e sessenta), nos termos do art. 45, § 1º, do Código Penal. Por ser pena, em caso de descumprimento, pode ser convertida em pena privativa de liberdade.

[...]

3. A natureza diversa dos institutos inviabiliza a aplicação analógica do disposto no art. 49, § 1º, do Código Penal, mormente por conta da natureza de recomposição do dano causado à vítima da prestação pecuniária. 4. Agravo regimental não provido. (**AgRg no RHC n. 32.328/ES**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 22/03/2017, destaquei)

## II. Aplicação da causa especial de diminuição da pena – impossibilidade

Ao afastar o pleito defensivo de reconhecimento do furto privilegiado, a Corte estadual asseverou que, conquanto os agentes não registrem condenações anteriores aptas a configurar a reincidência, "para a incidência da figura privilegiada estampada no § 2º do art. 155 do CP, não basta que seja de pequeno valor *res furtiva* – *in casu* de R\$ 340,00 (trezentos e quarenta reais) (fl. 10) –, em observância ao salário mínimo vigente à época dos fatos que era de R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais)" (fl. 201). Ainda, aduziu (fls. 201-202, destaquei):

Isso porque **o prejuízo suportado pelas vítimas em razão do arrombamento praticado pelos réus para acessarem a *res furtiva* também deve ser considerado neste cômputo**, como bem analisou o juízo a quo, que fora no importe aproximado de R\$ 1.000,00 (mil reais). Desse modo, embora a conduta qualificada possa ser compatível à figura privilegiada, o prejuízo advindo desta prática deve ser computado ao valor da *res furtiva*, a fim de se averiguar a (in)incidência da figura privilegiada insculpida no §2º do dispositivo legal em comento.

As razões apontadas pelo acórdão recorrido estão em conformidade com a compreensão do STJ e, portanto, não merecem reparo. Exemplificativamente:

[...]

5. A concessão do privilégio no crime de furto, contudo, exige que além da primariedade do agente, a *res furtiva* seja de pequeno valor, ou seja, a importância do bem não deve ultrapassar um salário mínimo.

6. O valor do bem subtraído, no entanto, somado ao dano ocasionado pelo rompimento do obstáculo, chega ao montante

de R\$ 691,00, o que **supera em muito o valor do salário mínimo vigente à época, não se podendo, assim, reconhecer o privilégio pleiteado.** [...] (HC n. 247.369/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 18/4/2016, grifei)

### **III. Execução provisória das reprimendas - concessão da ordem**

Consta dos autos que a Corte estadual, ao julgar o apelo defensivo, determinou ao Juízo de primeiro grau que, tão logo exaurida a jurisdição ordinária, desse início à execução provisória das penas.

Todavia, nesse ponto, verifico haver a flagrante ilegalidade apontada pela defesa, a ensejar a **concessão da ordem pleiteada.**

Com efeito, no dia 7/11/2019, no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ADCs 43, 44 e 54. Por maioria de votos (6 X 5), o Plenário decidiu que é **constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso para o início do cumprimento da pena.** O art. 283 do CPP está em conformidade com a garantia prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

O *decisum* proferido em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, e não pode, igualmente, ser objeto de ação rescisória (art. 26 da Lei n. 9.986/1999). Tem eficácia contra todos e efeito vinculante, inclusive em relação aos órgãos do Poder Judiciário.

Logo, desde 7/11/2019, **não se pode mais executar condenação penal antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.**

### **IV. Dispositivo**

À vista do exposto, **conheço parcialmente do habeas corpus e, na parte conhecida, concedo em parte a ordem para determinar a suspensão da execução das penas restritivas de direitos impostas aos acusados, até o trânsito em julgado da condenação.**

Publique-se e intimem-se

Brasília (DF), 02 de abril de 2020.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator