



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 573093 - SC (2020/0086509-0)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
VANESSA MORITZ LUZ - MT023305B
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : WAGNER ALEXANDRE ALVES
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de WAGNER ALEXANDRE ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento da Apelação Criminal n. 0005244-45.2014.8.24.0075.

Depreende-se dos autos que, em 17/4/2018, o Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão/SC condenou o paciente, pela prática do crime tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal (estelionato), à pena de 1 ano e 2 meses de reclusão, e multa, em regime inicial aberto, sendo a reprimenda corporal substituída por duas penas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo (e-STJ fls. 217/233).

Inconformado, o paciente, assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, interpôs o recurso de Apelação Criminal perante a Corte local, sustentando a atipicidade da conduta e, subsidiariamente: a) invocou a aplicação da teoria da perda de uma chance, pra o fim de pleitear a absolvição do ora paciente, aduzindo não terem sido produzidas provas capazes de respaldar a condenação; b) pugnou pela desclassificação do crime de estelionato para o delito de apropriação indébita, nos termos do art. 168, *caput*, do Código Penal; c) pretendeu a aplicação de sanção substitutiva mais favorável ao paciente, na forma do art. 44, § 2º, do CP, caso mantida a condenação; e d) requereu o afastamento da indenização fixada a título de reparação dos danos causados pela infração (art. 387, IV, do Código de Processo Penal).

No entanto, em sessão de julgamento realizada no dia 30/1/2020, a Quarta

Câmara Criminal do TJSC, à unanimidade, negou provimento ao apelo defensivo, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 316):

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (ART. 171,CAPUT, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA, EM FACE DA NÃO CONFIGURAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO CRIME. EMPREGO DE FRAUDE E OBTENÇÃO DE VANTAGEM ILÍCITA, EM PREJUÍZO ALHEIO. ELEMENTOS PRESENTES NO CASO. TIPICIDADE DA CONDUTA VERIFICADA. PRETENDIDA A APLICAÇÃO DA "TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE". IMPOSSIBILIDADE. PROVAS PRODUZIDAS SUFICIENTES PARA O DESLINDE DO FEITO. DÚVIDA INEXISTENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA (ART. 168,CAPUT, DO CP). DOLO ANTECEDENTE CARACTERIZADO. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA PLEITO DE ALTERAÇÃO DAS DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS APLICADAS EM SUBSTITUIÇÃO À PRIVATIVA DE LIBERDADE (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA) POR UMA RESTRITIVA DE DIREITOS E MULTA. INVIABILIDADE.DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. IMPOSIÇÃO DA MEDIDA EM CONFORMIDADE COM OS DITAMES LEGAIS. MULTA, ADEMAIS, COMINADA CUMULATIVAMENTE NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRETENDIDO O AFASTAMENTO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELA INFRAÇÃO (ART. 387, IV, DO CPP). IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM ESTABELECIDO COM BASE NA NOTA FISCAL ELETRÔNICA CONSTANTE NOS AUTOS. PEDIDO EXPRESSO NA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REPARAÇÃO MANTIDA.

Contra esse acórdão, a defesa opôs embargos de declaração, visando ao suprimento da omissão indireta consistente na aplicação, de imediato, da Lei n. 13.964/2019 ao presente caso, determinando a anulação do processo, com a intimação da vítima para se manifestar quanto à representação.

Em sessão de julgamento realizada no dia 12/3/2020, os embargos foram rejeitados pelo Tribunal *a quo*, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 24):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE ESTELIONATO (ART. 171,CAPUT, DO CÓD. PENAL). ALEGADA OMISSÃO INDIRETA NO ACÓRDÃO. MATÉRIA CUJA APRECIÇÃO ALEGADAMENTE SE IMPUNHA DE OFÍCIO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA REGRA DO § 5º DO ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). ATO JURÍDICO PERFEITO. OMISSÃO INDIRETA NÃO CONFIGURADA.EIVA INEXISTENTE. A transformação da ação penal nos crimes de estelionato contemplados no art. 171 do Cód. Penal, operada através da Lei n. 13.964/19, malgrado ostente natureza penal, porquanto tem potencial efeito extintivo da punibilidade, não atinge o ato jurídico perfeito e acabado. Distinta interpretação implica na indevida amplificação dos efeitos do novo comando legal, com a subversão da natureza jurídica da representação, convolada que restaria em condição de prosseguibilidade. EMBARGOS REJEITADOS.

Daí o presente *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, no qual a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina sustenta que o Tribunal de origem deixou de aplicar, de ofício, norma penal posterior mais benéfica ao réu (Lei 13.964/19, art. 1º), que tornou a ação penal pública do crime de estelionato condicionada à representação da vítima.

Argumenta que: *Essa alteração legislativa possui cunho penal material (ou ao menos mista) e, por evidente, constitui uma lei penal posterior que favorece o PACIENTE, porque se trata de uma exigência mais gravosa para a instauração de investigação ou oferecimento de denúncia pelo crime de estelionato, razão pela qual deve ser aplicada retroativamente de imediato a ele, em respeito ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (e-STJ fl. 7).*

Ainda, insiste a defesa na substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa, por ser mais benéfica ao paciente do que a substituição por duas penas privativas de liberdade.

Ao final, pugna, liminarmente, pela suspensão dos efeitos da condenação do paciente, até o julgamento do presente *mandamus*. No mérito, *seja reconhecida a ilegalidade do acórdão para DECLARAR a ilegalidade do acórdão impugnado, para o fim de ANULAR o processo, determinando à intimação da vítima para que se manifeste quanto à representação. Subsidiariamente, READEQUAR as penas substitutivas impostas ao PACIENTE, para substituir a pena de reclusão por uma restritiva de direitos e multa (em vez de duas restritivas de direitos), nos termos do § 2.º do art. 44 do CP (e-STJ fl. 14).*

É o relatório. **Decido.**

A liminar em *habeas corpus*, bem como em recurso ordinário em *habeas corpus*, não possui previsão legal, tratando-se de criação jurisprudencial que visa a minorar os efeitos de eventual ilegalidade que se revele de pronto.

Em juízo de cognição sumária, não obstante os fundamentos apresentados pela defesa, não visualizo a existência do *fumus boni iuris*, requisito essencial para a concessão da medida de caráter urgente.

De fato, é cediço que a Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como "Pacote Anticrime", alterou substancialmente o art. 171 do Código Penal, que tipifica o crime de estelionato, *in verbis*:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. [\(Vide Lei nº 7.209, de 1984\)](#)

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

Disposição de coisa alheia como própria

I - vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria;

Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria

II - vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias;

Defraudação de penhor

III - defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado;

Fraude na entrega de coisa

IV - defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém;

Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro

V - destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro;

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

§ 3º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Estelionato contra idoso

§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. [\(Incluído pela Lei nº 13.228, de 2015\)](#)

§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

I - a Administração Pública, direta ou indireta; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

II - criança ou adolescente; [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

III - pessoa com deficiência mental; ou [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#)

IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz. [\(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019\)](#) - grifei.

Percebe-se que, com a introdução do § 5º nesse dispositivo, a natureza da ação penal passou de pública incondicionada para pública condicionada à representação, salvo exceções descritas nos incisos acima destacados.

Sobre o tema em comento (retroatividade da Lei n. 13.964/2019, determinando a intimação da vítima para se manifestar quanto à representação), assevero que os Tribunais Superiores ainda não se manifestaram de forma definitiva, em razão do curto lapso temporal de vigência da nova lei.

Contudo, nesta análise perfunctória dos autos, destaco o entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que (e-STJ fl. 29):

De fato, em que pese o novo comando normativo tenha conteúdo penal, uma vez que seus efeitos podem afetar o direito punitivo estatal, é certo que não pode atingir o ato jurídico perfeito e acabado. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade, o que evidentemente não é possível por via de interpretação. De mais a mais, no caso presente, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, como se sabe, fórmula sacramental.

No mesmo sentido, confirmam-se as lições doutrinárias de Rogério Sanches Cunha sobre o tema:

"se a inicial (denúncia) já foi ofertada, trata-se de ato jurídico perfeito, não sendo alcançado pela mudança. Não nos parece correto o entendimento de que a vítima deve ser chamada para manifestar seu interesse em ver prosseguir o processo. Essa lição transforma a natureza jurídica da representação de condição de procedibilidade em condição de prosseguibilidade. A lei nova não exigiu essa manifestação (como fez no art. 88 da Lei 9.099/1995)" (Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – Comentários às alterações do CP, CPP e LEP. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 65).

Portanto, ao meu ver, a posição mais acertada seria a de que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo, o que não se amoldaria ao caso dos autos, considerando a condição de procedibilidade da representação e não de prosseguibilidade, conforme nos mostra Rogério Sanches.

Em relação à tese da indevida substituição da pena privativa por duas restritivas de direitos, verifica-se que, na espécie, o paciente foi condenado nas iras do crime tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis. ([Vide Lei nº 7.209, de 1984](#)) - grifei.

Considerando a pena aplicada (1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e multa), o Juízo sentenciante, nos termos do art. 44, § 2º, do CP, substituiu a pena privativa por duas restritivas de direitos, quais sejam, prestação de serviços comunitários,

à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, e prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos.

Nesse diapasão, ao contrário do requerido pela combativa Defensoria Pública, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. De mais a mais, a jurisprudência desta Corte Superior considera não ser socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo o tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade, como é o caso dos autos.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. INTERESSE-UTILIDADE RECURSAL DA ACUSAÇÃO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO. MULTA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ALTERNATIVA MENOS GRAVOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Em que pese a rejeição dos embargos de declaração, o Tribunal de origem efetivamente enfrentou as questões tidas como omissas, o que basta para não caracterizar supressão de instância.

2. Atendidos os requisitos para a substituição da pena corporal (art. 44, § 2º, do CP), o Magistrado deve escolher, mediante fundamentação idônea, a alternativa prevista em lei que mais bem atenda ao caráter ressocializador da reprimenda.

3. Não é socialmente recomendável a aplicação de multa substitutiva em crimes cujo tipo penal já prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade, hipótese em que a restritiva de direitos menos gravosa para o réu é a prestação pecuniária, de índole reparadora e passível de conversão. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 398.255/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 26/3/2019, DJe de 3/4/2019) - grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR E RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA ESTREITA VIA DO MANDAMUS. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL - CP. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Não obstante os esforços da Defesa, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. O habeas corpus não se presta para a apreciação de alegações que buscam a absolvição do paciente, em virtude da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita. Acresça-se que a condenação não está amparada apenas no fato de o paciente ser proprietário da moto cuja placa foi adulterada, mas em outros elementos probatórios - depoimento da vítima e policiais -, produzidos sob o crivo do contraditório e ampla defesa, os quais se mostraram suficientes para escorar a condenação,

de forma que, a desconstituição do julgado implica, por certo, no revolvimento probatório, o que como dito alhures, é impossível na via estreita do writ. Precedentes.

3. O art. 44, § 2º, do Código Penal dispõe que, "Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos." Nessa toada, este Superior Tribunal de Justiça - STJ tem entendido que fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. De mais a mais, a jurisprudência do STJ considera não ser socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo o tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade. Precedentes.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 462.531/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 23/4/2019, DJe de 3/5/2019) - grifei

Ante o exposto, **indefiro** o pedido liminar.

Suficientemente instruído o feito, dispenso informações às instâncias ordinárias.

Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal.

Intimem-se.

Brasília, 15 de abril de 2020.

Reynaldo Soares da Fonseca
Relator