

Relator: O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence

Pacientes: Helio Codeceira Lopes, Vera Maria de Oliveira e Silva Codeceira Lopes

Impetrante: Mauro Coelho Tse

Coator: Superior Tribunal de Justiça

Sentença condenatória: negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos: motivação: Código Penal, art. 44, III.

O art. 44 do Código Penal, além de condicionantes objetivos da admissibilidade da substituição — não ser a pena aplicada superior a quatro anos nem ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça (inc. I) e não ser o réu reincidente em crime doloso (inc. II) —, acrescenta a cláusula aberta do inciso III (“a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade do acusado e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”), que permite ao juiz ponderar a adequação da medida ao caso concreto.

Entre as circunstâncias a considerar para tal fim, além das expressamente previstas no inciso III, é lícito incluir o vulto do dano causado e não reparado.

Não é o *habeas corpus* a via própria para aferir de sua ponderação *in concreto* pelas instâncias de mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, indeferir o pedido de *habeas corpus*.

Brasília, 21 de junho de 2005 — Sepúlveda Pertence, Presidente e Relator. . .

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Os pacientes foram condenados, em primeiro grau, à pena de 4 anos de reclusão e multa, por infração do art. 171 do Código Penal, pois “*de posse de cheque extraviado de vultosa quantia, efetuaram de-*

pósito em estabelecimento bancário, obtendo liberação sem que se consumasse a compensação”.

Esta, a imputação veiculada na denúncia e que as instâncias ordinárias julgaram provada:

“1 - Intentando praticar um crime de estelionato contra o Banco Boavista SA, o primeiro denunciado uniu ação e desígnio à segunda denunciada, sua esposa.

2 - Aproveitando-se de um feriado que ocorreria no dia 03 de dezembro de 1993 no Município de Itaguaí, os denunciados, na véspera, depositaram, através de dois partícipes ainda não identificados, um cheque sustado pelo titular, na conta corrente 019990311-1 da Agência Barra da Tijuca, Posto Mandala, do Banco Boavista, cuja titular era a segunda denunciada.

3 - O depósito foi efetuado na agência Castelo-RJ do Banco Boavista, e o cheque extraviado, e que havia sido apropriado pelos denunciados, era o 197740 do Banco do Brasil, agência Itaguaí, conta 66147-3, de titularidade de *Sebastião Santiago Rabelo*, no valor de Cr\$ 60.000.000,00, juntado por cópia às fls. 12, e que somente poderia ter a compensação liberada 5 dias após o depósito, vez que o feriado acima mencionado cairia numa sexta-feira.

4 - O referido feriado passou despercebido ao banco, que então liberou o crédito na conta da denunciada, sem que a compensação física tivesse sido completada.

5 - Imediatamente após a liberação do valor, no dia 06.12.93, o primeiro denunciado, utilizando um cheque assinado pela segunda denunciada, compareceu à agência e transferiu a quantia para a conta corrente 010000598-3, da agência Castelo da mesma instituição financeira.

6 - Tal conta era titularizada por *Strauss Augusto de Assis Walter*, funcionário da empresa *Globe Trotter Turismo e Cambio LTDA.*, com que o primeiro havia previamente acertado a troca da quantia depositado por dólares norte-americanos.

7 - Desconhecendo a origem do numerário, *Strauss* transferiu novamente a quantia de Cr\$ 59.800.000,00, já descontada a sua comissão, para a conta corrente da empresa para a qual trabalhava, de número 10554-4, do Banco Francês e Brasileiro.

8 - Os dólares recebidos pelo denunciado foram utilizados pelo mesmo para o pagamento da primeira parcela da aquisição de um terreno no Município de Itaguaí.

9 - Quando a compensação física foi concluída, com a devolução do cheque depositado, o Banco Boavista estornou o crédito, e a conta ficou devedora, sem que os denunciados providenciassem o devido ressarcimento.

10 - Desta forma, os denunciados impuseram ao Banco Boavista SA uma lesão patrimonial no valor de Cr\$ 60.000.000,00, no valor do cheque devolvido pelo Banco do Brasil SA, auferindo assim, indevida vantagem econômica."

Colhe-se da sentença o tópico relativo à aplicação da pena (fls. 35/43):

"(...)

Atento para as diretrizes traçadas pelo artigo 59, *caput*, do Código Penal, especialmente a manifesta e intensa culpabilidade dos réus, *acarretando com isso um gravíssimo prejuízo à instituição financeira lesada, e que correspondia, à época, a quase três mil salários mínimos (...)*, fixo a pena muito acima do mínimo legal e o mais próximo do máximo previsto, por entender que não se pode punir igualmente quem comete um crime de tal envergadura, mormente pessoas de boa formação e cultura, com pena idêntica à de outros menos afortunados que praticando fatos idênticos tenham ocasionado prejuízos de pequena monta, estabelecendo-a, por isso, *individualmente para cada um dos réus em 4 (quatro) anos de reclusão e multa de 48 (quarenta e oito) dias-multa de valor unitário mínimo.*

O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade de ambos os réus ora condenados será o *semi-aberto*, levando-se em conta o preceituado pelo artigo 33, §3º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal e como já acima perfeitamente fundamentado.

(...)

Nego aos acusados o sursis, à vista do disposto pelo artigo 77, inciso I, do C. Penal, que expressamente o exclui.

Admito que recorram em liberdade apenas pelo fato de serem primários. Entendo não ser recomendável in casu a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, até porque, independentemente do elevado grau de culpabilidade dos réus, das circunstâncias do crime cometido e não reparado, da elevada pena aplicada e do regime prisional imposto, as circunstâncias estão a indicar que tal substituição não se faz suficiente como reprimenda penal para crime de tamanha envergadura."

O TJRJ negou provimento à apelação dos pacientes e, quanto à aplicação da pena, assim decidi (fls. 49/56):

(...) Às penas fixadas com técnica e sem rigor excessivo (apenas o necessário à gravidade do delito e de suas conseqüências). Ao indeferimento da suspensão condicional da pena. À não substituição da pena privativa da liberdade por restritiva de direitos, por insuficientes à resposta para crime de tal envergadura, como ali está dito. Por último ratifico, por ser adequado e legal,

nos termos do artigo 33, § 3º c/c 59, do Código Penal, o regime semi-aberto para o cumprimento da pena privativa da liberdade, acolhendo a fundamentação da sentença”.

Contra esta decisão o paciente impetrou *habeas corpus* ao STJ que, por maioria, denegou a ordem (fls. 77/85).

Donde a presente impetração — substitutiva de recurso ordinário —, com pedido de liminar, na qual se repisam os mesmos argumentos lá deduzidos, no sentido de que a pena privativa de liberdade deveria ter sido substituída por restritiva de direitos, seja pela falta de fundamentação idônea, no ponto, das decisões condenatórias, seja por estarem preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

E complementa:

“(…)

À luz do que dispõe (...) [o art. 44 do C. Penal], percebe-se, de maneira cristalina, fazerem jus os pacientes à medida, eis que — conforme expressamente reconhecido no acórdão proferido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro —, foram ambos condenados à pena detentiva não superior a 4 (anos), pela prática de crime não cometido com o emprego de violência ou grave ameaça (artigo 171 do Código Penal), além de serem primários e de bons antecedentes, nada existindo, nem tampouco sido apontado, de forma fundamentada, nas decisões condenatórias, que indique ser a medida insuficiente.

Em verdade, o argumento constante das decisões condenatórias — a substituição da pena não seria suficiente, tendo em vista a ‘gravidade’ do crime supostamente cometido pelos pacientes, a saber, estelionato —, não pode ser utilizado, com todas as vênias, para motivar, de foram justificada, a decisão. É imprescindível, *permissa venia*, que haja a devida exposição dos fatos e motivos que levaram o Tribunal a alcançar tal entendimento, o que, de resto, não ocorreu no caso concreto, (...)”.

Indeferida a liminar, sobreveio o parecer do Ministério Público Federal, da lavra do II. Subprocurador-Geral **Haroldo da Nóbrega**, pelo indeferimento do *habeas corpus*, sob o argumento de que as instâncias ordinárias fundamentaram devidamente a não-substituição da pena privativa de liberdade (fls. 95/100).

Ressaltou, ademais, que “a preços de hoje, o prejuízo causado à instituição financeira (...) significa quase R\$ 900.000,00 (novecentos mil reais)”.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator): Estou em que a negativa de substituição da pena aplicada está idoneamente motivada.

Apega-se a impetração com habilidade ao tópico da sentença especificamente dedicado à questão.

O art. 44 Código Penal, além de condicionantes objetivos da admissibilidade da substituição — não ser a pena aplicada superior a quatro anos nem ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça (inc. I) e não ser o réu reincidente em crime doloso (inc. II) —, acrescenta a cláusula aberta do inciso III (“a culpabilidade, os antecedentes e a personalidade do acusado e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”), que permite ao juiz ponderar a adequação da medida ao caso concreto.

Reveja-se o que aduziu no ponto a sentença, integralmente confirmada na apelação:

“(…) Entendo não ser recomendável *in casu* a substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos, até porque, *independentemente* do elevado grau de culpabilidade dos réus, *das circunstâncias do crime cometido* e não reparado, da elevada pena aplicada e do regime prisional imposto, *as circunstâncias estão a indicar que tal substituição não se faz suficiente como reprimenda penal para crime de tamanha envergadura.*”

Da leitura integral da sentença e do acórdão, se extrai que — afora o elevado grau de culpabilidade, revelado no modo da comissão do delito — o dado de fato peculiar que permitiu adjetivar o crime como de “*tamanha envergadura*” foi o elevado “*prejuízo à instituição financeira lesada, e que correspondia, à época, a quase três mil salários mínimos*”.

Não é dado isolar o parágrafo atinente à substituição daquele que, precedentemente, justificara a fixação da pena no quádruplo do mínimo legal, contra a qual é de enfatizar, não se insurge a impetração e ao qual remete implicitamente o primeiro.

Certo, quanto a um dos dados da motivação do capítulo questionado da sentença, — as conseqüências do crime — na espécie, o vulto do dano patrimonial causado e não reparado — não faz referência explícita a disposição legal; não há, no entanto, por que reputá-lo não compreendido na alusão genérica às *circunstâncias*, na parte final do art. 44, III, Código Penal.

Não é o *habeas corpus* a via própria para aferir de sua ponderação *in concreto* pelas instâncias de mérito.

Indefiro a ordem: é o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sr. Presidente, o juiz deixou claro que as circunstâncias processuais do caso não recomendavam a substituição da pena. Impressiona-me também o fundamento do vulto do prejuízo e o modo, a conduta típica dos ora pacientes.

Acompanho o voto de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, realmente, acionou-se o artigo 59 do Código Penal na fixação da própria pena, que, levando em conta o mínimo e o máximo previstos para o tipo, foi realmente exacerbada; de 1 a 5, ficou-se no patamar dos 4 anos. Indaga-se: esse dado, por isso só, é suficiente a afastar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito? A resposta, para mim, é negativa, porque, se formos ao artigo 44 do mesmo Código, veremos que a norma direciona a que se tenha sempre presente a possibilidade de substituição. Assim é que, após aludir-se a critério objetivo, fazer-se referência a apenações que não suplantem 4 anos, apontou-se, no inciso II, não haver campo — é a regra para a substituição — quando o réu se mostre reincidente em crime doloso. De reincidente, no caso, não se trata. Ao contrário, os condenados — penso, marido e mulher — não têm vida pregressa condenável sob o ângulo penal; são primários, de bons antecedentes. Todavia, até mesmo relativamente ao reincidente, abriu-se, mediante o preceito do § 3º do artigo 44 do Código Penal, exceção ao se dispor que:

“Art.44. (...)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz” — quer dizer, há proibição primeira — “poderá aplicar a substituição, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime”.

Não obstante, volto ao problema das circunstâncias judiciais, que são referidas no inciso III do artigo 44. As circunstâncias judiciais não são apontadas para que se chegue à conclusão de que, presentes sob o ângulo negativo, fica obstaculizada a substituição da pena privativa de liberdade. São indicadas como fator que deve ser considerado e sopesado, aludindo-se, de qualquer forma, ainda que presentes as circunstâncias judiciais negativas, ao convencimento quanto à adequação da substituição. O inciso III revela que:

Art. 44. (...)

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

É certo que tivemos uma consequência danosa no campo patrimonial, no campo material, haja vista o prejuízo de cerca de novecentos mil reais. Esse dado, entretanto, por si só, partindo-se para a sinonímia “circunstâncias e conseqüências do crime”, é suficiente a ter-se a clausura, a segregação de um casal, que forma uma entidade familiar, quando se mostra viável caminhar-se para uma pena que não cerceie a liberdade, não os coloque juntos, como todos sabemos, de delinqüentes, reincidentes, em si? A meu ver, não. A meu ver, está-se diante de criminosos, diria, episódicos, que, por isso ou por aquilo, ou em face das tentações da própria vida em sociedade, cometeram realmente um desvio de conduta, mas que foram apenados, observado o tipo, o máximo de cinco anos, com a pena de quatro anos. Penso que essa pena poderia — como sustentaram dois integrantes do Superior Tribunal de Justiça, os Ministros Nilson Naves e Paulo Medina — ser substituída pela restritiva de direito.

A substituição, tanto quanto possível, deve ser operada porque, todos sabem, aqueles que ingressam em estabelecimento penitenciário, no qual não se atende, no Brasil, aos ditames da Constituição Federal quanto à integridade física e moral do preso, saem com máculas definitivas e retornam ao convívio social.

Peço vênia, Senhor Presidente, para, com essa óptica, podendo ser até tomada como flexível — mas, a meu ver, é a que se coaduna com a política estabelecida no Código Penal —, conceder a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 85.603/RJ — Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Pacientes: Helio Codeceira Lopes, Vera Maria de Oliveira e Silva Codeceira Lopes. Impetrante: Mauro Coelho Tse. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*; vencido o Ministro Marco Aurélio, que o deferia. Falou pelos pacientes o Dr. Mauro Coelho Tse.

Presidência do Ministro Sepúlveda Pertence. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 21 de junho de 2005 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.