



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.141 - PR (2010/0095895-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : **EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO**
IMPETRADO : **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO**
PACIENTE : **MANOEL TEIXEIRA DOS SANTOS**

EMENTA

HABEAS CORPUS. CONTRABANDO. NULIDADE DA PROVA PERICIAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. TEMA NÃO SUSCITADO PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o acórdão que negou provimento ao apelo defensivo não fez qualquer menção à alegada nulidade, até mesmo porque em momento algum a defesa a aventou nas suas razões recursais.

3. Tal matéria deveria ter sido arguida no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade de análise da impetração, no ponto, por este Sodalício, sob pena de configurar-se a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.

REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO NECESSÁRIA AO DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Não há nos autos cópia da sentença condenatória, motivo pelo qual não há como se aferir a existência da alegada mácula na fixação do regime inicial semiaberto e na negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de provas documentais que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

3. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).

Brasília (DF), 27 de março de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 174.141 - PR (2010/0095895-1)

IMPETRANTE : EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA
UNIÃO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO
PACIENTE : MANOEL TEIXEIRA DOS SANTOS

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de MANOEL TEIXEIRA DOS SANTOS, apontando como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região (Apelação Criminal n.º 2003.70.02.007557-4).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 334, *caput*, do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses, em regime inicial semiaberto.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal a *quo* negou provimento, mantendo a sentença condenatória em todos os seus termos.

Daí o presente *mandamus*, no qual o impetrante, invocando o direito a não autoincriminação, sustenta que a prova que embasou a condenação do paciente seria ilícita, uma vez que, no momento da colheita do material gráfico, não teria sido advertido expressamente acerca do direito de não esclarecer fatos que poderiam ser utilizados em seu prejuízo.

Por tal razão, reputa nulo o exame grafotécnico e todas as comprovações delas decorrentes, devendo ser retirada da ação penal e, consequentemente, absolvido o paciente “à míngua de suficientes provas a respeito” (fl. 4).

Defende ter havido ofensa ao princípio da proporcionalidade quando não se procedeu à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isto porque, “reconhecida apenas uma circunstância judicial em caráter desabonador em relação ao réu, o qual teve uma sanção definitiva fixada pouco acima do mínimo legal, em delito no qual não se verifica violência ou grave ameaça, não há como se cancelar a aplicação de vedação à substituição de penas” (fl. 5).

Afirma que o paciente faz jus a iniciar o cumprimento da pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade imposta em regime aberto, tendo em vista a “ínfima pena fixada” (fl. 9), não sendo razoável negar-lhe tal direito “tão somente pela existência de registro criminal anterior” (fl. 9).

Requer a concessão da ordem para que se decrete a nulidade do processo em razão da ilicitude da prova obtida por meio da colheita do material gráfico do paciente, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a fixação do regime inicial aberto.

A autoridade apontada como coatora prestou informações à fl. 40, trazendo aos autos os documentos de fls. 41/51.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 55/65, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 174.141 - PR (2010/0095895-1)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca a presente impetração seja declarada a nulidade da prova produzida nos autos da ação penal na qual o paciente restou condenado pela prática do delito tipificado no art. 334, *caput*, do Código Penal, ao argumento de que teria sido violado o princípio da não autoincriminação na colheita do material que tornou possível a realização da perícia grafotécnica.

Alternativamente, pretende a modificação do regime inicial fixado na sentença condenatória e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Colhe-se dos autos que o paciente foi “denunciado como incurso nas sanções do art. 334 do Código Penal, por ter, em tese, importado munições de procedência estrangeira de uso restrito (calibre 5.56 ou 2.23 *REMINGTON*) e de uso permitido (calibre .38 SPL), sem a competente autorização do Ministério do Exército” (fl. 44).

Sobreveio condenação “pelo delito de contrabando, em razão da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

importação das munições calibre .38 SLP, sem a devida autorização. Com relação às 600 munições calibre 5.56mm e às 1000 (mil) espoletas, foi afastada a responsabilidade do denunciado, não havendo recurso da acusação no ponto” (fl. 44).

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou, “em síntese, que o acusado passou à condição de suspeito somente em razão do registro de condenação por posse ilegal de arma de fogo, bem como que não foi realizado exame datiloscópico, que poderia afastar sua responsabilização” e, ainda, “que as provas constantes dos autos são insuficientes para condenação” (fl. 43).

Da análise dos autos, entendo que a tese principal defendida pelo impetrante, qual seja, nulidade da prova pericial, não pode ser conhecida.

Isto porque, verifica-se que a questão não foi analisada pelo Tribunal de origem na ocasião do julgamento do recurso de apelação, até porque, segundo se depreende da leitura da peça processual juntada às fls. 11/20, tal tese deixou de ser levantada nas razões do recurso defensivo, o que impede a apreciação da matéria diretamente por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de incidir-se na indevida supressão de instância.

Como é cediço, o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

A respeito do tema, eis a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

O princípio da dialeticidade - que impregna todo o iter procedimental - tem aspectos próprios no que diz com os recursos: o recorrente deverá declinar os motivos pelos quais pede o reexame da decisão, porque somente assim a parte contrária poderá apresentar suas contra-razões, formando-se o imprescindível contraditório em matéria recursal. (Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36.)

Mais adiante, quando dissertam especificamente sobre o efeito devolutivo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do recurso de apelação criminal, os aludidos doutrinadores disciplinam:

A apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício. O âmbito dessa devolução depende, essencialmente, da extensão da impugnação formulada pelo recorrente, podendo a apelação, conforme salientado, ser plena ou parcial. Pode, também, configurar-se, pela soma de apelações parciais da acusação e da defesa, outra hipótese de devolução plena. Frise-se, contudo, que a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior; pode, ainda, produzir prova ou admitir prova nova, desde que observado o contraditório. (Op. cit., p. 121.)

Portanto, tendo em vista que o recurso de apelação, nos termos do artigo 515 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal (artigo 3.º da Lei Processual Penal), devolve para o órgão *ad quem* apenas o exame da matéria impugnada, que se restringe aos limites da impugnação, o Tribunal impetrado não tratou aventada nulidade, que deveria, por óbvio, ter sido pleiteada no momento oportuno e perante o juízo competente, garantindo-se o indispensável contraditório.

Nessa esteira, confira-se precedente recente da Sexta Turma deste Sodalício:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. (I) DELAÇÃO PREMIADA, ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. (II) DOSIMETRIA DA PENA. REITERAÇÃO DE PEDIDOS. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA IMPETRAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Verificando-se que, de fato, o Tribunal de origem não se manifestou acerca das questões relativas ao almejado reconhecimento da delação premiada e à pretendida aplicação da atenuante genérica da confissão espontânea e da causa geral de diminuição de pena prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, resta evidenciada a inadmissível supressão de instância.

(...)

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 196.027/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06/12/2011, DJe 01/02/2012.)

Quanto aos pedidos alternativos – modificação do regime inicial e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos –, melhor sorte não assiste ao impetrante.

Ora, para se concluir pela ilegalidade da fixação do regime inicial semiaberto e da negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, seria necessária a análise da sentença condenatória.

No entanto, não há na documentação que instrui o presente *mandamus* cópia do mencionado documento, peça indispensável para que se pudesse apreciar a eiva arguida.

Como se sabe, o rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que demonstrem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente, providência não efetivada pelo impetrante.

E consoante assinalado alhures, na hipótese vertente, não há nos documentos que instruem o remédio constitucional em apreço a cópia da sentença condenatória proferida em desfavor do paciente, circunstância que impede a análise da alegada ilegalidade quanto à fixação do regime inicial e quanto à negativa de aplicação do art. 44 do Código Penal na sentença proferida pelo Juízo singular.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ARTS. 288 E 332, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 92, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 8.666/93. TESE DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. NÃO CONHECIMENTO DA IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. ACERTO DA DECISÃO.

1. O rito da ação constitucional do habeas corpus demanda prova pré-constituída, apta a comprovar a ilegalidade aduzida, descabendo conhecer de impetração instruída deficitariamente, em que não tenha sido juntada peça essencial para o deslinde da controvérsia, de modo a inviabilizar a adequada análise do pedido. Precedentes.

2. Na hipótese, embora tenha o Impetrante arguido a inépcia da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial, não fez prova do alegado, pois não colacionou aos autos sequer a cópia da inicial acusatória. Ademais, as cópias juntadas aos autos não faziam qualquer referência à ação penal em comento ou mesmo à Paciente. Ressalte-se que a Paciente está assistida por advogado constituído, o qual deveria ter providenciado a instrução adequada do writ.

3. Recurso desprovido. (RHC 26.541/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 21/03/2011.)

PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. (...)

I - O habeas corpus, em sua estreita via, deve vir instruído com todas as provas pré-constituídas já que o seu procedimento não admite dilação probatória (Precedentes). In casu, não há qualquer documento que comprove que os maus antecedentes levados em consideração pelo órgão julgador para fixar a pena-base acima do mínimo legal seriam de fato inquéritos ou processos em andamento, razão pela qual deve ser preservada, neste ponto, a r. sentença condenatória.

(...)

Ordem denegada. (HC 160.286/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 09/08/2010.)

Por tais razões, **não se conhece** o *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2010/0095895-1

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 174.141 / PR
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200370020075574

EM MESA

JULGADO: 27/03/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ALCIDES MARTINS

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : EDUARDO TERGOLINA TEIXEIRA - DEFENSOR PÚBLICO DA UNIÃO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4A REGIÃO

PACIENTE : MANOEL TEIXEIRA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Contrabando ou descaminho

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Gilson Dipp e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ).