



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 377.995 - SC (2016/0292542-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : THIAGO CORREA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. Contudo, o alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

RECEPTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. REINCIDÊNCIA. VEDAÇÃO. ADOÇÃO DE NOVO FUNDAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA. INOVAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CRIMINAL. ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA DEFESA.

1. A sentença condenatória e o acórdão em apelação criminal obstaram a substituição da pena em razão da reincidência do agente (art. 44, II, do CP). Assim, não há novos fundamentos.

2. A pretensão de ver afastada a decisão da Corte *a quo* funda-se no próprio comportamento contraditório da defesa, em suscitar a matéria nova tão somente em embargos de declaração do acórdão da apelação criminal para, posteriormente, afirmar que o Tribunal não poderia ter analisado o tema, por agregar fundamentação.

ALEGAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO PACIENTE INALTERADA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. *"A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o princípio que proíbe a reformatio in pejus não impede que as instâncias superiores, ao julgarem recursos exclusivos da defesa, reavaliem os fundamentos utilizados na substituição da pena, desde que a situação do réu não seja agravada, o que reforça a inexistência de flagrante ilegalidade a ser reparada nesta via"* (EDcl no AgRg no REsp 1602268/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017).

2. Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

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, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 377.995 - SC (2016/0292542-8)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
AGRAVANTE : THIAGO CORREA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por THIAGO CORREA contra decisão que não conheceu do *habeas corpus*, em razão da ausência de constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte Superior de Justiça.

Alega o agravante que o presente remédio constitucional visa a correção da flagrante ilegalidade sofrida, a qual poderia ser corrigida, inclusive, de ofício, por esta Corte Superior.

Sustenta que a inovação na fundamentação para afastar a substituição da pena seria inadmissível, pois teria agravado sua situação, incorrendo o Tribunal Estadual em *reformatio in pejus*.

Requer a reconsideração da decisão vergastada ou o encaminhamento do presente recurso ao Colegiado para que seja apreciado e provido.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 377.995 - SC (2016/0292542-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Busca-se no agravo regimental a reforma da decisão que não conheceu do *mandamus*, no qual se pretendia a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Da análise dos autos, verifica-se que o paciente foi condenado à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão (e-STJ fl. 114), em regime inicial aberto, e ao pagamento de 29 (vinte e nove) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 180, *caput*, c/c art. 61, inciso I, ambos do Código Penal, porque, nos termos da inicial acusatória:

"Em data a ser apurada durante a instrução criminal, mas já se sabe que entre o mês de abril a 4 julho de 2010, o denunciado adquiriu recebeu e ocultou a pistola Taurus, nº SWI-34573, calibre 40, com a inscrição do brasão da Polícia Militar de Santa Catarina, que sabia ser produto de crime (registro de ocorrência 2010/4967 - fl. 35). O fato é que dia 04 de julho de 2010, por volta das 20h30min, policiais militares apreenderam a arma cora o denunciado na Rua Marco Aurélio Homem, 459, Serrinha, nesta Capital, sendo preso e processado por posse ilegal de arma de fogo." (e-STJ fl. 17)

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação perante a Corte de origem, a qual deu parcial provimento à insurgência para redimensionar a sanção para 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Foram opostos embargos declaratórios contra a decisão, os quais foram rejeitados.

Impetrou-se *habeas corpus* contra o apelo, pleiteando a sua reforma e, por conseguinte a permuta para a pena restritiva de direitos.

Posteriormente, em decisão monocrática o *mandamus* não foi conhecido, eis que inadequada a via eleita, pela existência de recurso próprio. Ao analisar a possibilidade de concessão da ordem de ofício, não foi verificada qualquer ilegalidade, não sendo viável a substituição da pena corporal, ante a reincidência do agente, o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indica maior periculosidade do agente.

Daí o presente agravo regimental, que, contudo, não deve prosperar.

Inicialmente, a decisão combatida consignou a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do artigo 105 da Constituição Federal, circunstância que impede o seu forma conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS INTERESTADUAIS. DESNECESSIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA ALIADA A OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. BIS IN IDEM NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

[...]

8. Habeas corpus não conhecido.

(HC 389.697/PR, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017)

Quanto à alegação de *reformatio in pejus*, não verifica-se a sua ocorrência. Primeiro, a apelação interposta sequer trata da substituição da reprimenda. Conforme razões apresentadas (e-STJ fl. 143-151) as teses lançadas são: a absolvição por insuficiência probatória; desclassificação da receptação dolosa para culposa; reconhecimento da confissão e sua compensação com a reincidência. A posterior insurgência em relação à aplicação do art. 44 do Código Penal caracteriza inovação processual.

Não fosse tal fato, a sentença e o acórdão utilizam o mesmo elemento para obstar a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, qual



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seja, a reincidência do agente.

Na hipótese, o Togado de piso afastou o aludido benefício asseverando que:

"Nos termos do art. 44, inciso II, do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito." (e-STJ fl. 256)

O Tribunal impetrado, na apelação interposta, manteve o afastamento da benesse nos seguintes termos:

"É inviável, ainda, a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos, tendo em vista a reincidência do Apelante em crime doloso (CP, art. 44, inc. II), bem como a suspensão condicional do processo (CP, art. 77, inc. I)." (e-STJ fl. 193)

Neste passo, não há acréscimo de fundamentação algum.

Somente em embargos de declaração é que a defesa sustenta a possibilidade de aplicação do art. 44, § 3º, do CP. Não houve, como deveria ter ocorrido, embargos de declaração da própria sentença, instando à discussão da matéria na origem, tampouco nas razões da apelação. Assim, tratou-se da primeira oportunidade que a matéria foi aventada, diga-se, pela defesa. O Tribunal de origem tão só respondeu a questão posta, da seguinte maneira:

"[...] Registra-se, ademais, que a multiplicidade de condenações indica que a leniência almejada pelo Embargante não é socialmente recomendável como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça [...]" (STJ fl. 221)

Não se pode falar em fundamentação. Não inovou o Tribunal de origem porquanto continuou fundando a resposta dada na reincidência do agente, tal como as decisões anteriores.

Se a defesa insta o Judiciário a tratar do art. 43, § 3º, do Código Penal, somente nos embargos de declaração do acórdão da apelação criminal, não pode pretender que a Corte resolva a questão sem alusão dos elementos do próprio dispositivo apontado.

A pretensão de ver afastada a decisão da Corte *a quo* funda-se no próprio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comportamento contraditório da defesa, em suscitar a matéria tão somente em embargos de declaração do acórdão da apelação criminal para, posteriormente, afirmar que o Tribunal não poderia ter analisado o tema, por agregar fundamentação.

Por fim, ainda que se fosse considerar existente a inovação da fundamentação, não haveria nulidade ou reforma a ser efetuada. Isso porque, ao não piorar a condição do réu, não há *reformatio in pejus*. Logo, não é vedado a utilização de argumento diverso, se, ao fim e ao cabo, permanece inerte a situação do acusado.

Neste particular, *"é dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não há impedimento de o Tribunal a quo, em julgamento de apelação exclusiva da defesa, inovar na fundamentação, desde que não agrave a situação penal do réu"* (HC 354.396/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Sobre a aplicação de tal entendimento à discussão sobre a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, tem-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS. VENDA DE 4 (QUATRO) COMPRIMIDOS CYTOTEC POR PROPRIETÁRIO DE FARMÁCIA (ART. 273, §1-B, INCS. I E V, DO CP). ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA QUE SE IMPÕE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO AVALIADAS NEGATIVAMENTE. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. REGIME ABERTO. CASO CONCRETO. **SUBSTITUIÇÃO DA PENA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA.**

[...]

4. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o princípio que proíbe a reformatio in pejus não impede que as instâncias superiores, ao julgarem recursos exclusivos da defesa, reavaliem os fundamentos utilizados na substituição da pena, desde que a situação do réu não seja agravada, o que reforça a inexistência de flagrante ilegalidade a ser reparada nesta via.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para redimensionar a pena do acusado para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, mais 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

(EDcl no AgRg no REsp 1602268/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 01/12/2017)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como bem asseverado na decisão agravada, verifica-se que não há que se falar em ilegalidade a ser sanada por esta Corte Superior no caso dos autos. As circunstâncias do caso concreto, especialmente a existência de múltiplas condenações anteriores em desfavor do paciente, indicam uma maior periculosidade e gravidade concreta de sua conduta, de forma que sua utilização pela Corte de origem, ainda que em inovação de motivação, autoriza a manutenção da vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos determinada pelo magistrado singular.

Ante ao exposto, **nega-se provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2016/0292542-8

AgRg no
HC 377.995 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00139345920138240023 139345920138240023

EM MESA

JULGADO: 07/02/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : THIAGO CORREA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Receptação

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : THIAGO CORREA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

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, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.