EDcl no HABEAS CORPUS Nº 499.948 - SP (2019/0080854-6)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
EMBARGANTE	:	CELSO ALVES DA ROSA JUNIOR
ADVOGADOS	:	IRANILDO DA SILVA ALVES BRASIL - SP359208
		STEFANY BAGESKI CRUZ - SP332326
EMBARGADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração, opostos por **CELSO ALVES DA ROSA JUNIOR**, contra decisão monocrática desta relatoria, que deferiu parcialmente o pedido liminar no presente **habeas corpus**, para que o eg. Tribunal **a quo** aguarde o esgotamento das instâncias ordinárias para dar o cumprimento provisório à pena privativa de liberdade.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 180, **caput**, do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 26 dias-multa (fl. 20).

Em recurso de apelação da Defesa, o eg. Tribunal de origem negou-lhe provimento, nos termos do v. acórdão acostado às fls. 25-33.

Nestes embargos, sustenta a existência de **erro material**, haja vista que teria **comprovado a origem lícita do bem por meio de prova nos autos ("recibo" e fotografia de fachada de loja - fls. 34-36)**.

Nestes termos, as razões de embargos (fls. 48-51):

"Assim ficou firmado a respeitosa decisão que concedeu de forma parcial o pedido liminar do Paciente:

[...]

Ocorre que a defesa do Paciente comprovou a aquisição lícita do aparelho (e-STJ – Fls. 34/36), ou ao menos que foi induzido ao erro, motivo pelo qual aplica-se ao caso concreto o 20, § 1º (primeira parte), ou artigo 20, § 1º (segunda parte) conjugado com o artigo 180, § 3º, do Código Penal, o que permite a isenção de pensa ou a sua redução e conversão do regime inicial.

Dessa forma, diante das provas irrefutáveis da aquisição do aparelho de forma lícita (e-STJ – Fls. 34/36), é certo que a Defesa comprovou a aquisição de forma legal do bem, motivo pelo qual aplica-se ao caso

concreto o entendimento firmado por esta turma no sentido de que 'o crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do [acusado], caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova' (AgRg no REsp 1529699/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 28/06/2018).

Portanto, é certo que houve erro material ou contradição ao fundamentar e decidir, ou seja, diz que a defesa precisava de provas da aquisição lícita do aparelho, porém referida prova existe nos autos, logo, a decisão está contrária ao material probatório, motivo qual é certa a possibilidade de alteração do julgado de origem, o que permite a concessão da suspensão da ordem do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo até o julgamento final do presente Habeas Corpus."

Requer o acolhimento dos embargos, com efeitos infringentes, para que o pedido liminar seja integralmente deferido.

É o relatório.

Decido.

Ressalte-se, **ab initio,** conforme pacífica jurisprudência desta eg. Corte, que são cabíveis embargos declaratórios quando houver, na decisão embargada**,** ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (art. 619 do CPP). Além disso, é cediço que os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizam a sua interposição.

Na lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, RT, 4ª edição, 1999, p. 1045): *"Os EDcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado".*

No mesmo sentido, os seguintes precedentes: EDcl no AgRg no AREsp n. 292.108/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe de 20/2/2015; EDcl no RHC n. 35.243/MG, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 10/12/2014; EDcl no AgRg no AREsp n. 527.022/SC, **Quinta Turma**,

Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 9/10/2014; EDcl no REsp n. 1.290.073/ES, **Quinta Turma**, Relª. Minª. **Laurita Vaz**, DJe de 1º/7/2014.

No caso, **não vislumbro qualquer vício na decisão atacada.**

Nela, ficou assentado (fls. 40-44):

*"Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em favor de **CELSO ALVES DA ROSA JUNIOR**, contra v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.***

*Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 180, **caput,** do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 26 dias-multa (fl. 20).*

Em recurso de apelação da Defesa, o eg. Tribunal de origem negou-lhe provimento, nos termos do v. acórdão acostado às fls. 25-33, assim resumido por sua ementa:

'EMENTA: SENTENÇA CONDENATÓRIA DO RÉU PELO DELITO DE RECEPTAÇÃO (CP, ART. 180, CAPUT). APELO DEFENSIVO ALEGAÇÕES DE INSUFICIÊNCIA DA PROVA PARA BUSCAR A ABSOLVIÇÃO, COM PLEITOS SUBSIDIÁRIOS DE REDUÇÃO DAS PENAS E ESTIPULAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. DESCABIMENTO MATERIALIDADE E AUTORIA BEM DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO PALAVRAS DE AGENTES POLICIAIS QUE MERECEM CREDIBILIDADE, INFIRMANDO-SE A NARRATIVA DO ACUSADO CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DA COISA EXTRAÍDA INDIRETAMENTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO E DA CONDUTA DO AGENTE, CARACTERIZADA A RECEPTAÇÃO CONDENAÇÃO MANTIDA DOSAGEM DAS PENAS CORRETA QUE NÃO MERECE REPAROS PENA BASE FIXADA COM MOTIVAÇÃO BASTANTE, ESTIPULANDO-SE REGIME ADEQUADO E SUFICIENTE DIANTE DAS CARACTERÍSTICAS DO FATO, DENGADA A SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL RECURSO DESPROVIDO.'

*Daí o presente **writ**, no qual a Defesa pleiteia a absolvição do paciente, subsidiariamente, a desclassificação do crime para a sua modalidade culposa (art. 180, § 3º, do CP).*

Sustenta que o desconhecimento da origem ilícita do celular foi comprovado quando 'apresentou recebido da loja devidamente assinado pela funcionária no dia da venda, arrolou o proprietário da loja como testemunha e este informou que o aparelho saiu sim do seu comércio e apresentou declaração formalizada por ele nesse mesmo sentido, para ao final o Poder Judiciário dizer que a defesa não produziu prova e a sentença condenatória

deverá ser mantida, e pior, com imediata expedição de mandado de prisão' (fl. 6).

Alega que, desde a fase inquisitiva, o paciente já afirmava que havia adquirido o bem em uma loja, apenas tendo confundido o seu local. Tudo o que comprova a má valoração da prova realizada pelo eg. Tribunal de origem.

Aduz erro de tipo, haja vista que o paciente, mero consumidor, apenas adquiriu um produto exposto à venda em uma loja. Nesse sentido, o art. 20, § 1º, do CP: 'Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo'.

Argumenta que a execução provisória da pena deveria aguardar, ao menos, o esgotamento das instâncias ordinárias e que, "caso seja expedido o mandado de prisão, requer seja deferida a garantia de cumprimento da pena em Centro de Progressão Penitenciário que não esteja com sua capacidade superlotada" (fl. 9).

Requer a concessão da ordem, inclusive LIMINARMENTE, 'para suspender a ordem que determinou a expedição do mandado de prisão até o julgamento final, e no mérito reconheça que as provas produzidas pela defesa foram desvalorizadas pelos julgadores à quó, para que possibilite o reconhecimento da isenção de pena na forma do artigo 20, § 1º, primeira parte, do Código Penal, ou subsidiariamente seja aplicado o artigo 180, §3º c.c. artigo 20, § 1º, segunda parte, ambos do Código Penal, ou, também subsidiariamente, que o mandado de prisão seja condicionado ao cumprimento da Lei de Execução Penal e dignidade da pessoa humana, na formada Súmula Vinculante 56 do STF, no sentido de impedir que o Paciente seja posto em prisão de regime semiaberto superlotada ou, na impossibilidade, que seja permitido aguardar vaga do regime semiaberto no cumprimento da pena em regime aberto. Não obstante, caso a liminar não seja deferida, [...] requer-se a aplicação analógica do art. 1.019, I, do Código de Processo Civil, para que seja concedido o efeito suspensivo até o julgamento do mérito do presente Habeas Corpus, determinando que a Vara de Origem se abstenha de expedir mandado de prisão e se já expediu, que seja imposta a obrigação de expedir contramandado, imediatamente' (fl. 10).

É o relatório.

Decido.

Na hipótese, ao menos ***em sede de cognição sumária****, não se verifica flagrante ilegalidade, uma vez que o v. acórdão vergastado está em conformidade com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que 'no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do [acusado], caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova.' (AgRg no REsp*

*1529699/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe 28/06/2018)*

*Ademais, **o pedido liminar tem caráter eminentemente satisfativo**, devendo ser analisado após a devida instrução do feito. Nesse sentido:*

'AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INDEFERIMENTO DE LIMINAR. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCABIMENTO DO RECURSO.

1. É assente na jurisprudência deste Tribunal Superior o entendimento no sentido de que não é cabível a interposição de agravo regimental contra decisão de Relator que, fundamentadamente, indefere pleito de liminar.

2. Não se verifica excepcionalidade quando a tutela de urgência não é concedida em razão da satisfatividade da medida e da ausência, de plano, de demonstração da ilegalidade manifesta, pairando sobre a agravante a acusação de integrar organização criminosa interestadual, voltada à narcotraficância.

*3. Recurso não conhecido.' (AgRg no HC 348.622/DF, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 28/03/2016)*

Apenas no que concerne à possibilidade de imediata execução provisória da pena privativa de liberdade após a confirmação da condenação no julgamento em 2º Grau, verifica-se que o eg. Tribunal não se mostrou claro acerca da necessidade do esgotamento daquela instância, no bojo do v. acórdão vergastado, nestes termos (fls. 32-33):

'A benesse da substituição da pena corporal por restritiva de direitos foi bem denegada, nem sendo recomendável à espécie, e mantida a condenação, impõe-se lembrar a decisão do plenário do C.

Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/SP, de relatoria do Min. Teori Zavascki, em 17.2.2016, confirmada ainda tal posicionamento em outras decisões da Suprema Corte (HC nº 135.407/DF, rel. Min. Edson Fachin, j. em 2.8.2016), inclusive, em repercussão geral (Ag no RE nº 964.246/SP, rel. Min.

Teori Zavascki, j. em 11.11.2016), acertadamente se corrigindo posicionamento anterior questionável para admitir o cumprimento da pena após condenação ou confirmação em segunda instância, exatamente como no presente caso. Razoável, portanto, não conceber que continue ele a recorrer em liberdade.

Como se ressaltou no citado writ, é inteiramente justificável a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias, sem qualquer comprometimento do princípio constitucional da presunção de inocência. Com efeito, pois o implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural do esgotamento das instâncias ordinárias, de modo

que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada, se tratando de cumprimento do título condenatório, este sim caracterizado pela necessidade de robusta motivação (grifo nosso).

Reafirmando-se a orientação predominante sobre a matéria no julgamento do HC nº 140.353/DF, de relatoria da e. Ministra Rosa Weber, em 23 de fevereiro de 2017, em 7 de março seguinte, no HC nº 118.770/SP, relatado pelo e. Ministro Roberto Barroso, e ainda, mais recentemente (RHC nº 144.676/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. em 28.6.2017; RHC nº 143.642/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26.5.2017; AgReg no HC nº 136.951/SP, rel. Min. Roberto Barroso, j. em 6.2.2017).

Nem sendo demasiado lembrar que a disposição geral que exige o trânsito em julgado da condenação para produção de efeitos não é incompatível com a especial regra que confere efeito imediato aos acórdãos somente atacáveis pela via dos recursos excepcionais, os quais não são ordinariamente dotados de efeito suspensivo (HC nº 147.547/PR, rel. Min. Edson Fachin, j. em 20.11.2017), reiterando-se tal posicionamento (HC nº 152.003/PR, rel. Min. Edson Fachin, j. em 6.6.2018).

Ante o exposto, NEGA-SE PROVIMENTO ao recurso".

*Forte nessas razões, **defiro apenas parcialmente o pedido liminar, para que o eg. Tribunal a quo aguarde o esgotamento das instâncias ordinárias para dar o imediato cumprimento provisório à pena privativa de liberdade**.*

Solicitem-se, com urgência e via telegrama, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade indigitada de coatora e ao Juízo de 1º Grau.

Após, vista dos autos ao Ministério Público Federal.

P. I. "

Verifica-se, portanto, que a pretensão aqui posta foi afastada por meio de decisão com adequada fundamentação, sendo certo que a análise do mérito equivaleria, obviamente, ao exame do próprio **habeas corpus** que ainda carece de demais juntadas/manifestações.

Além disso, **a prova supostamente inequívoca apontada nestes embargos já foi até mesmo refutada na origem**, em razão das contraditórias versões prestadas pelo embargante (fls. 27-28):

"Materialidade delitiva inegável, demonstrada pelos boletins de ocorrência, pelo auto de exibição e apreensão, avaliação e entrega, bem como pelo inteiro teor da prova oral colhida nas duas fases do processo. A origem

criminosa do celular resta estampada às fls. 12/13 (Boletim de Ocorrência nº 1405528/2016), sendo proveniente de furto ocorrido no dia 2.11.2016, contra a vítima Kathely Laianne Reis Scanuffo Ramos.

Na fase inquisitiva, o réu disse ter adquirido o aparelho no site "OLX", não possui documento referentes à compra (fls. 5). Em juízo, todavia, ofertou nova versão dos fatos, negando a acusação. Disse que no dia 1º de janeiro de 2017 havia comprado 2 (dois) telefones da Apple iPhone iguais, um na OLX e outro na loja física, pagando o valor abaixo do mercado porque se cuidava de um aparelho usado. A compra foi feita em dinheiro, e não tinha mais o comprovante do saque do dinheiro, que teria sido feito em outro dia, por sua esposa.

Até porque contraditórios entre si, tais relatos não se revestiram de credibilidade, nem vindo qualquer testemunha confirmar alguma das narrativas.

Os policiais civis Miguel Manzione e Eduardo Xavier, reconhecendo o réu em audiência, disseram ter procedido à abordagem do acusado, com ele encontrando um celular, cuja pesquisa do número IMEI apontou ser produto de ilícito. Ao ser indagado o réu afirmou ter comprado o celular pela internet, mas não tinha qualquer documentação ou nota fiscal.

[...]

Mas como bem anotou a MM Juíza, o documento mencionado pela testemunha constitui-se de um simples 'papel' dando recibo de compra em dinheiro de um telefone, em feriado mundial, não uma nota fiscal. Restando ainda a indagação do motivo pelo qual o acusado, assistido por advogado, na fase inquisitiva, não tenha se referido a tal compra nem apresentado o citado 'recibo'.

Sendo inequívoca a origem ilícita da coisa apreendida em poder do réu, restou assim ausente a boa-fé e evidenciado o dolo de agir, até porque, como ressabido, a ciência da origem criminosa da coisa se extrai indiretamente das circunstâncias do fato e da conduta do agente. Como já se decidiu, havendo acervo probatório conclusivo acerca da materialidade e a autoria do crime de receptação, uma vez que apreendida a res furtiva em poder do réu, caberia à defesa apresentar prova acerca da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal (HC nº 360.590/SC, rel. Min. Ribeiro Dantas, j. em 7.3.2017)."

Com efeito, pretende o embargante, na verdade, o reexame de seu pedido liminar, já devidamente apreciado. Desse modo, inexistindo vícios na decisão, **rejeito os embargos de declaração**.

P. I.

Brasília (DF), 15 de abril de 2019.

Ministro Felix Fischer

Relator