AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.427.520 - SC (2019/0010520-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	GUILHERME ANTONIO PIRES DA LUZ
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de agravo interposto por GUILHERME ANTONIO PIRES DA LUZ contra decisão que inadmitiu o recurso especial, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta nos autos que o agravante foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 311 do Código Penal, à pena de 3 anos de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 10 dias-multa, sendo posteriormente substituída a pena privativa de liberdade, por duas restritivas de direito.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação pugnando pela absolvição do agravante. O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso, conforme os termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 131):

> *APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 311, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS COERENTES DAS TESTEMUNHAS, ALIADOS À PROVA PERICIAL, QUE EVIDENCIAM A ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. VERSÃO DO RÉU ISOLADA NOS AUTOS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DOLO. NÃO CABIMENTO. DELITO QUE, PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO, PRESCINDE DE ESPECIAL FIM DE AGIR, BASTANDO A VONTADE LIVRE E CONSCIENTE DE PRATICAR OS ELEMENTOS DESCRITOS NO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelo laudo pericial e pelas declarações*

> *firmes e coerentes das testemunhas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação.*
>
> *2. "O dolo do crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor consiste na vontade livre e consciente de trocar a placa do automóvel sem autorização legar' (TJSC - Apelação Criminal n. 2013.076188-5, de Chapecó, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 29/07/2014).*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos termos da ementa abaixo (e-STJ fl. 215):

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA DE AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E/OU OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESÍGNIO DE REDISCUTIR A MATÉRIA JÁ ANALISADA E DE INOVAR AS TESES RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *1. Os embargos declaratórios só podem ser usados com a finalidade precípua de esclarecer ambiguidades, obscuridades e contradições ou sanar omissão existente no julgado, a teor do que dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, não constituindo meio processual adequado para provocar o julgador a que renove ou reforce a fundamentação já exposta no decisum atacado, ou, ainda, que proceda à análise de novas teses recursais, até então não objeto de insurgência.*
>
> *2. "[...]* ***Os embargos declaratórios não podem, de regra, inovar em relação aos temas apresentados na decisão recorrida*** *[...]". (STJ - Edcl no REsp. n. 526.905/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. em 08/03/2005).*

Nas razões do presente apelo nobre, a defesa alega violação do artigo 44, § 2º, do CP, sustentando que a decisão violou tal norma por não ter sido substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa.

Aponta que "a substituição se deu de maneira equivocada, e que se faz imperiosa a necessidade de ajustar a aplicação das penas restritivas de direitos impostas ao recorrente, porquanto o acórdão guerreado manteve a substituição da reprimenda corporal por duas penas restritivas de direito,

omitindo-se quanto à possibilidade de aplicação de uma restritiva de direitos e uma multa." (e-STJ fl. 240).

Aduz, ainda, que "sempre que o juiz decidir, dentre as possibilidades previstas em lei, pela medida menos favorável ao acusado, deve justificar, explicitando os motivos, permitindo o conhecimento e o controle intersubjetivo de sua decisão, situação não verificada no caso em análise e que enseja, portanto, a devida reforma." (e-STJ fl. 241).

Requer o provimento do recurso especial para a reforma do acórdão a fim de substituir as penas restritivas de direito por uma pena restritiva de direitos e uma pena de multa.

Apresentadas as contrarrazões, (e-STJ, fls. 245/249), o recurso foi inadmitido, alegando o Tribunal *a quo* encontrar óbice nos enunciados n. 211 e n. 83 da Súmula do STJ (e-STJ, fls. 251/256), além da falta de prequestionamento da matéria.

No presente agravo, assevera a defesa que *para considerar a matéria federal prequestionada bastam (a) a oposição de embargos de declaração e (b) a demonstração da existência de erro ou omissão* (e-STJ fl. 268). Alega, também, que a questão referente à substituição da pena restritiva de direitos não foi devidamente enfrentada no acórdão embargado, ocorrendo omissão, e que o caso em tela não representa o entendimento majoritário do STJ, não sendo possível aplicar o enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo desprovimento do agravo, conforme ementa transcrita a seguir (e-STJ, fl. 296):

> *PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 105, III, "A" DA CF. REFORMA DE DECISÃO QUE INADMITIU RECURSO ESPECIAL. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESSE STJ. Não restando demonstrada violação à disposição de lei ou dissídio jurisprudencial é de se negar seguimento ao recurso*

> *especial. Fundamentos da decisão monocrática não afastados. Inviabilidade do agravo previsto no artigo 1042, § 3º do CPC. PARECER PELO DESPROVIMENTO DO AGRAVO.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e foram devidamente impugnados os fundamentos da decisão agravada, motivo pelo qual conheço do agravo em recurso especial.

Acerca do tema trazido à discussão no apelo nobre, assim restou assentado pela Corte *a quo* (e-STJ fls. 219/223):

> *Ausentes os elementos permissivos previstos no artigo 619 do Código de Processo Penal, não se admite a interposição dos embargos, não se prestando o recurso para a rediscussão de matéria já debatida no acórdão, para fim de prequestionamento ou tampouco para inovação das teses recursais. Apesar da tempestividade dos embargos declaratórios, observa-se que esses não podem prosperar, visto que o acórdão impugnado é de uma clareza solar e absoluta, não havendo nenhuma ambiguidade, obscuridade, contradição e/ou omissão a corrigir, revelando o recurso unicamente o inconformismo do embargante quanto ao teor do acórdão. Na verdade, o que de fato pretende o embargante é rediscutir a matéria, já apreciada quando do julgamento do recurso de apelação criminal por ele interposto, e a ela acrescer tese que não foi suscitada no momento oportuno, ou seja, por ocasião da apresentação das razões de insurgência. O Inicialmente, ao contrário do que sustenta o embargante, não houve omissão no aresto embargado, tendo as alegações aventadas pela defesa no d apelo sido devidamente analisadas, entre as quais não se incluía a questão o relativa à alteração da pena substitutiva imposta na sentença. Ademais, em conformidade com o posicionamento doutrinário dominante, cabe no recurso de apelação apreciar tão somente as teses levantadas pelas partes, em prestígio ao princípio do "tantum devolutum quantum appellatum", não podendo o julgador agir de ofício para exercer atividade sem ter sido provocado - com exceção daquelas questões que o juízo deva conhecer ex (é) officio, as chamadas matérias de ordem pública, nas quais não se enquadra a tese ora levantada pela defesa -, sob pena de proferir decisório ultra ou extra petita, motivo pelo qual a matéria ora aduzida pelo embargante não foi objeto de análise.*
>
> *(...)*

> *Logo, observa-se que no acórdão vergastado apreciou-se detidamente os pleitos do apelante/embargante, desprovendo-se o recurso após acurada análise do conjunto fático-probatório existente nos autos, a qual devidamente se restringiu às matérias impugnadas no apelo. Destarte, se há inconformismo com a decisão, deve esse ser questionado por meio de recurso próprio, e não em sede de embargos de declaração, que têm função única e exclusiva de suprir as máculas descritas no art. 619 do Código de Processo Penal. Ainda que assim não fosse, ou seja, que se considerasse pertinente o exame de nova tese recursal em sede de embargos de declaração,* ***observa-se que a presente insurgência não haveria de ser acolhida. Isso porque, in casu, o juízo de primeiro grau, ao verificar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos previstos pelo art. 44 do Código Penal, procedeu à substituição da pena privativa de liberdade originalmente imposta ao réu/embargante por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária (fl. 85). Com efeito, emana do dispositivo legal insculpido no § 2° do art. 44 do Código Penal que, quando a pena privativa de liberdade for superior a 01 (um) ano, deverá ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. A definição dos moldes em que se dará a substituição da reprimenda corporal, por sua vez, não se subordina, em absoluto, à vontade ou conveniência da parte, sendo certo, por outro lado, que "[..] cabe ao magistrado a escolha da pena que melhor se amolda à situação do réu, podendo recair sobre qualquer uma das penas restritivas de direitos, inexistindo uma ordem de preferência a ser seguida ou opção de escolha do apenado". (TJSC - Apelação Criminal n. 2005.016816-3, de Ponte Serrada, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 08/09/2008).***

Como visto, o Tribunal *a quo* justificou, diante das peculiaridades do caso concreto, que as penas restritivas de direitos são as medidas socialmente recomendáveis para a prevenção e reparação do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e modificar as espécies de penas restritivas de direitos, qual seja, para uma restritiva de direitos e uma de multa, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n.

7 da Súmula do STJ.

Além disso, tem-se que, nos termos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal, se a pena fixada for superior a 1 (um) ano, "a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos", tratando-se de faculdade do julgador aplicar uma ou outra.

Nesse sentido:

> *"PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO FIXADA CONSOANTE A QUANTIDADE E A DIVERSIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR APENAS UMA RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUPERIOR A 1 ANO. ART. 44, § 2º DO CP. FACULDADE DO JULGADOR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.*
>
> *[...]*
>
> *4. **Fixada a pena definitiva em patamar superior a 1 ano, incide a segunda parte do § 2º do art. 44 do Código Penal, na qual se faculta ao julgador a substituição da pena privativa por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direito.***
>
> *5. Habeas corpus não conhecido."*
>
> *(HC 355753/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, Julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016).*

Ademais, "Se ao tipo penal é cominada pena de multa

cumulativa com a pena privativa de liberdade substituída, não se mostra socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva prevista no art. 44, § 2º, 2ª parte do Código Penal. [...] Hipótese em que a pena restritiva de direitos de **prestação pecuniária, de índole reparadora, melhor atenderá ao caráter ressocializador da reprimenda, podendo inclusive ser convertida em pena corporal, se descumprida**" (**HC n. 416.530/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 19/12/2017, destaquei).

Dessarte, tem-se que o entendimento do acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que, cabe ao juiz decidir substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos, incidindo, portanto, o enunciado n. 83 da Súmula do STJ.

Ante o exposto, **conheço do agravo para negar provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator