

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 537.764 - SC (2019/0299281-7)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RONALDO FRANCISCO - SC036396
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA
PACIENTE : DEIVID DA SILVA
PACIENTE : SILVANA CARDOSO
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de DEIVID DA SILVA e SILVANA CARDOSO contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferido nos autos de Embargos de Declaração na Apelação Criminal n.º 0901300-98.2016.8.24.0023.

Consta dos autos que DEIVID foi condenado pelo Juízo de primeiro grau à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 10 (dez) dias-multa, como incurso no art. 2º da Lei n.º 12.850/13. Já SILVANA foi condenada à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, pelo cometimento das infrações descritas no art. 2º da Lei n.º 12.850/13 e no art. 33, *caput*, da Lei n.º 11.343/2006.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação, buscando a absolvição dos Réus. A condenação foi mantida integralmente pela Corte *a quo*, que negou provimento aos apelos defensivos.

Os embargos de declaração opostos – pugnando pelo reconhecimento da omissão no acórdão, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito para DEIVID e à fixação do regime semiaberto para SILVANA – não foram conhecido, em acórdão assim ementado (fl. 3.748):

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OMISSÃO QUANTO À VEDAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA REINCIDÊNCIA E À FIXAÇÃO DO REGIME FECHADO EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE PENA. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA NÃO VENTILADA NAS RAZÕES RECURSAIS. EMBARGANTE QUE DELIMITOU AS TESES DEFENSIVAS NO RECURSO DE APELAÇÃO. JULGAMENTO EM CONFORMIDADE COM O PRINCÍPIO TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM

Superior Tribunal de Justiça

APPELLATUM. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

- O recurso de apelação devolve ao Tribunal toda a matéria de fato e de direito, nos limites da impugnação, conforme o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

- A legislação processual penal não autoriza o manejo de embargos de declaração para inserir nova discussão não abordada nas razões da apelação criminal.

- Embargos não conhecidos."

Daí o presente writ, onde a Defensoria Pública Impetrante sustenta que *"em se tratando de apelação criminal interposta pelo acusado, é plenamente cabível o julgamento ultra petita, porquanto é sempre permitida a reformatio in mellius. O recurso de defesa é dotado de ampla devolutividade da matéria, relativizando-se o postulado tantum devolutum quantum appellatum"* (fl. 7).

Repisa, outrossim, a alegação de que é cabível determinar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para DEIVID e a fixação do regime semiaberto para cumprimento de pena para SILVANA, providências que buscam em liminar e no mérito.

É o relatório.

Decido o pedido urgente.

Em juízo de cognição sumária, correto o acórdão que julgou a apelação em não decidir quanto às matérias objeto do presente writ substitutivo de recurso especial, uma vez que o efeito devolutivo do recurso de apelação, embora amplo, encontra limite nas razões expendidas pelo Apelante, em respeito aos princípios da dialeticidade e do *tantum devolutum quantum appellatum*, conforme a orientação dos seguintes precedentes:

"[...]

II - In casu, imputa-se ao paciente a tentativa de furto de 5 barras de chocolate Diamante Negro -, avaliada em R\$ 17,45 (dezessete reais e quarenta e cinco centavos). Não obstante a **res furtiva** possua pequeno valor econômico - equivalente, aproximadamente, a 2,8% (dois vírgula oito por cento) do salário mínimo vigente à época do fato, na linha de precedentes desta Corte, ressalvado o meu entendimento pessoal, mostra-se todavia incompatível com o princípio da insignificância a conduta ora examinada, uma vez que **o paciente é reincidente em delitos contra o patrimônio. (Precedentes).**

III - A matéria atinente à substituição da pena de prestação de serviço à comunidade por pena de multa ou limitação de fim de semana

Superior Tribunal de Justiça

não foi enfrentada pelo eg. Tribunal de origem. Desse modo, o exame do tema suscitado nesta impetração ensejaria indevida supressão de instância, razão pela qual fica esta Corte impossibilitada de examiná-lo.

Habeas corpus não conhecido. *Liminar cassada.*" (HC 394.621/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe de 1.º/8/2017; grifos diversos do original.)

"[...]

1. *O pleito relacionado à consunção não pode ser analisado por este Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a irresignação do paciente não foi apreciada pelo Tribunal a quo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, fato que impede a análise da impetração por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.*

2. *No tocante à prescrição da pena em concreto, além de constituir inovação recursal, deveria ter sido comprovada a sua ocorrência, o que não se tem no presente caso.*

3. *Não há falar-se em prescrição punitiva da pena em concreto (1 ano de reclusão), visto que não transcorrido o prazo de 4 anos entre os marcos interruptivos constantes nos autos, nos termos do art. 109, V, do CP.*

4. *Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos.*

5. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no HC 371.671/RO, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016.)

Cumpre anotar, a propósito, que quando a Defesa tentou, a destempo, deduzir a questão, opondo embargos de declaração, a Corte estadual, apesar de entender que houve preclusão consumativa, na medida em que as razões da apelação não trouxeram as questões, ressaltou não assistir razão à Defesa, aduzindo (fls. 3.751-3.755):

"Diferentemente do que aduz a defesa, a reincidência em crime doloso é capaz de impedir a substituição da pena por restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

"[...]

Ou seja, para a concessão da substituição almejada, far-se-á necessária a presença dos requisitos preconizados no dispositivo legal acima transcrito, os quais são cumulativos.

Conforme se verifica no caso concreto, não está cumprido o requisito previsto no inciso II para conceder a substituição ao embargante Deivid da Silva. Isso porque, repita-se, é reincidente em crime doloso, pela prática do crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas (art. 157, § 2º, II, do Código Penal) e corrupção de menores (art. 244-B do ECA).

Não se olvide a existência de decisões do Superior Tribunal de Justiça pela concessão da substituição da pena em casos nos quais o agente apresenta reincidência não específica. No entanto, pode-se verificar também outros precedentes que negaram o benefício:

Superior Tribunal de Justiça

[...]

Além disso, registra-se que a hipótese de substituição prevista no artigo 44, § 3º, do Código Penal somente pode ser aplicada se esta for a medida mais adequada para atingir a finalidade deste instituto, que é evitar o encarceramento e realizar a devida prevenção do crime.

Entretanto, reafirma-se que a certidão de antecedentes criminais do embargante permite concluir que esse último pressuposto não deve ser alcançado com a substituição, dado que, mesmo com a condenação anterior, ele tornou a perpetrar delitos, vindo a ser condenado nestes autos por integrar complexa organização criminosa, sendo incurso nas penas do art. 2º da Lei 12.850/2013. Diante dessas circunstâncias, não se mostra adequada a substituição da pena por restritivas de direitos.

Da mesma forma, o regime fixado à embargante Silvana não merece alteração.

Não obstante o montante de pena aplicada (regra do art. 33, § 2º, do Código Penal), sabe-se que a fixação do regime de cumprimento de pena deve levar em consideração também as peculiaridades do caso concreto.

[...] a opção pelo regime fechado deve atentar-se às peculiaridades do caso e da própria agente, as quais podem ser extraídas da sentença condenatória.

No caso em tela, tem-se que uma extensa investigação realizada pela polícia militar foi capaz de desvelar a existência de uma organização criminosa, estruturada e organizada, que atuava na Comunidade Novo Horizonte, atuando sobretudo na prática do tráfico de drogas, mas também delitos relativos à armas de fogo. Ainda, foi possível verificar que a organização estava constantemente em 'guerra' armada com a comunidade vizinha – ao que tudo indica, em virtude de conflitos de facções criminosas –, atemorizando a população que lá reside.

O cenário em que a apelante está envolvida, não só atuando no tráfico de drogas na região, mas integrando a referida organização criminosa Comando Novo Horizonte – Camikaze (CNH – CZ), tem-se claro cenário a justificar a adoção de regime mais gravoso.

Impossível não observar que a concessão de regime mais brando não se mostra adequada diante dos elementos acima externados, bem como por não ser socialmente recomendável, uma vez que não permitirá o isolamento completo da agente da atividade ilícita em exame, isto é, tanto do tráfico de drogas, quanto da participação na organização criminosa, razão pela qual mantém-se o regime fechado, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal."

Como é sabido: "Embora a reincidência genérica não tenha o condão de, por si só, impedir a benesse pleiteada, faz-se necessário que se evidenciem, no caso concreto, os demais requisitos elencados no dispositivo legal" (HC 126.174/MS, 5.^a Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 28/08/2009).

Superior Tribunal de Justiça

Na espécie, ao que se tem da sentença condenatória (fl. 2.549), a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não se apresenta socialmente recomendável, uma vez que o Paciente DEIVID, embora não seja reincidente específico, foi anteriormente condenado pelos crimes de roubo majorado pelo concurso de pessoas (art. 157, § 2º, II, do Código Penal) e corrupção de menores (art. 244-B do ECA).

Ademais, apesar da fixação das penas-bases no mínimo legal, considerando que a sanção penal foi fixada em 8 (oito) anos para a Ré SILVANA, não vislumbro ilegalidade na fixação do regime inicial fechado, pois a Corte estadual apresentou fundamentação concreta para estabelecer o regime prisional mais severo, qual seja, a existência de indícios de que a Paciente auxiliava organização criminosa.

Em idêntico sentido:

"[...]

6. O enunciado da Súmula n.º 440 desta Corte consigna que, fixada a pena-base no mínimo legal, fica vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, tendo como fundamento apenas a gravidade abstrata do delito.

7. Na espécie, não há ilegalidade, pois a Corte estadual apresentou fundamentação concreta para estabelecer o regime prisional mais severo, qual seja, a existência de indícios de que o Réu auxiliava organização criminosa.

8. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida tão somente para redimensionar as penas do Paciente para 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no mínimo legal, nos termos explicados no voto." (HC 488.070/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 10/04/2019.)

Assim, o caso em análise não se enquadra nas hipóteses excepcionais passíveis de deferimento do pedido em caráter de urgência, por não veicular situação configuradora de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade sanável no presente juízo perfunctório, devendo a controvérsia ser decidida após a tramitação completa do feito.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido liminar.

Requisitem-se informações ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que também deverá informar a senha para obter acesso aos andamentos processuais.

Após, remetam-se os autos ao Ministério Público Federal para o parecer.

Superior Tribunal de Justiça

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 07 de outubro de 2019.

Ministra LAURITA VAZ
Relatora

