EDcl no HABEAS CORPUS Nº 483.309 - RN (2018/0329517-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
EMBARGANTE	:	SERGIO LUIZ SOARES FERREIRA (PRESO)
ADVOGADOS	:	FRANCISCO ALDAIRTON RIBEIRO CARVALHO JÚNIOR - CE016045 JOSÉ BONIFÁCIO DE MACÊDO FILHO - CE016349
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por SERGIO LUIZ SOARES FERREIRA contra decisão de negou seguimento ao *habeas corpus* sob os fundamentos de que, em relação à possibilidade de execução provisória da pena, o aresto impugnado estaria em harmonia com a jurisprudência das Cortes Superiores e, quanto à alegação de nulidade, o tema não teria sido enfrentado pelo Tribunal de origem em razão da preclusão (tese em conformidade com os julgados desta Corte), o que impediria o exame da matéria neste Superior Tribunal de Justiça (e-STJ fls. 148/160).

Nos presentes embargos, sustenta a defesa "equívoco/omissão" do julgado, pois o Tribunal de origem, ao julgar a apelação, determinou o cumprimento antecipado da pena, quando na sentença foi estabelecido que, somente após o trânsito em julgado, dar-se-ia o cumprimento.

Alega, ainda, a ocorrência de omissão quanto ao pleito de nulidade por uso de prova ilícita, pois a nulidade absoluta não é alcançada pela preclusão.

Ao final, requer sejam acolhidos os presentes embargos de declaração, conferindo-se efeitos infringentes ao julgado.

É o relatório. **Decido.**

Consoante prevê o art. 619 do Código de Processo Penal, o recurso de embargos de declaração é restrito às hipóteses de correção de

omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no acórdão embargado.

Com efeito, a decisão embargada foi assim fundamentada, *in verbis* (e-STJ fls. 148/160):

> *Trata-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de SERGIO LUIZ SOARES FERREIRA contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (Apelação n. 0017074-67.2002.8.20.0001).*
>
> *Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal do Júri, juntamente com outros corréus, pela prática do delito descrito no art. 121, §2º, IV, do Código Penal, à pena de 13 anos de reclusão, em regime inicial fechado.*
>
> *Irresignada, a defesa interpôs o recurso de apelação, o qual foi desprovido pela 1ª Câmara Criminal do TJRN, em acórdão assim ementado (e-STJ fls. 24/39):*
>
> *PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, §2º, IV, DO CÓDIGO PENAL). NULIDADES SUSCITADAS PELA DEFESA NÃO ARGUIDAS EM MOMENTO OPORTUNO. JULGAMENTO EM PLENÁRIO. PRECLUSÃO (ART. 571, III, DO CPP). REJEIÇÃO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA DECISÃO POPULAR. SUPOSTA CONTRARIEDADE ÁS PROVAS PRODUZIDAS NA INSTRUÇÃO. INOCORRÊNCIA. TESE ACUSATÓRIA ACOLHIDA PELO SOBERANO CONSELHO DE SENTENÇA. ALICERCE NO ACERVO PROBATÓRIO. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA: FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA EM RELAÇÃO AOS MOTIVOS DO CRIME. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DOS RECURSOS.*
>
> *No presente writ, a defesa sustenta que o Tribunal a quo, embora tenha mantido a sentença inalterada, determinou o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade, sem que o paciente tenha sido intimado da expedição de carta de guia de cumprimento provisório ou tenha sido ofertada a possibilidade de se apresentar espontaneamente para o referido cumprimento imediato da pena.*
>
> *Afirma, ainda, que o acórdão manteve condenação manifestamente contrária à prova dos autos, além de conter inúmeras causas de nulidade, como o uso de provas ilícitas durante a sessão do Júri.*
>
> *Aduz que o acórdão ora impugnado não poderia, sob pena de incorrer em gravame indevido contra os réus, determinar o cumprimento antecipado das penas, antes de esgotadas todas as instâncias recursais, consoante determinado na sentença.*

Por fim, requer, liminarmente e no mérito, seja determinado o sobrestamento do cumprimento da pena imposta ao paciente até o julgamento definitivo deste habeas corpus, alternativamente, seja o paciente levado à prisão domiciliar.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 93/95) e prestadas as informações solicitadas (e-STJ fls. 100/139), opinou o Ministério Público Federal "pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 142/146).

É o relatório. ***Decido.***

O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do mandamus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País: HC 320.818/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015 e STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014.

Assim, de início, incabível o presente habeas corpus substitutivo de recurso. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão, de ofício, da ordem.

Em primeiro lugar, O art. 5º, LVII, da Constituição Federal, de fato, estabelece o princípio da presunção de inocência: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No Brasil, por uma opção do legislador constituinte, adota-se o sistema do trânsito em julgado para a quebra da presunção de inocência.

Partindo da premissa constitucional da não culpabilidade e em observância ao que determina o art. 283 do Código de Processo Penal, desde fevereiro/2009 (STF/HC n. 84.078/MG) e até o mês de fevereiro/2016 (STF/HC n. 126.292/MG), prevalecia, nos Tribunais Superiores, o entendimento de que a privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime, mesmo que determinada pelo Tribunal local após o julgamento da apelação, revestia-se de caráter excepcional (art. 5º, LXI, LXV e

LXVI, da CF). Embora possível, a segregação cautelar deveria estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF) que demonstrasse a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Isso porque se tratava de prisão com natureza cautelar e preventiva.

Nesse sentido:

[...] 3. Esta Corte possui entendimento de que a prisão decretada por ocasião do acórdão condenatório recorrível possui natureza cautelar, de forma que o Tribunal deve adotar fundamentos idôneos a justificar a necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da referida decisão, o que não ocorreu no presente caso. [...] (HC 298.756/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 03/08/2015).

[...] 4. O exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias, por si só, não exime o Tribunal de fundamentar a segregação cautelar do acusado, em especial quanto à necessidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes do STF e desta Corte.

5. Habeas corpus não conhecido. Acolhido o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a decisão singular que facultou ao paciente o direito de recorrer em liberdade. (HC 308.788/SP, minha Relatoria, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Esta orientação jurisprudencial, entretanto, foi recentemente reformulada: o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao negar o Habeas Corpus 126.292, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória, após a confirmação da sentença em segundo grau, não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, Ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena. Confira-se, por oportuno, a ementa do referido acórdão:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

*1. **A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio***

constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado. (HC n. 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, DJe 17/05/2016, g.n.).

Em nova oportunidade, desta vez em sede de Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCs n. 43 e 44), o Plenário da Corte Suprema, em 5/10/2016, reafirmou o entendimento de que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754).

Sobre o disposto no art. 283 do CPP, faço a mesma ressalva da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em situação análoga:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS APRESENTADOS NA SUSTENTAÇÃO ORAL. OMISSÕES QUE DEVEM SER SANADAS. ACOLHIMENTO.

1. O art. 283 do Código de Processo Penal, ao condicionar a prisão à sentença definitiva, sem dúvida, é corolário do art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que determina que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não viola a garantia constitucional a prisão determinada após esgotadas as instâncias ordinárias. Ressalva do entendimento da Relatora quanto ao mérito da questão.

2. Diante do aludido posicionamento da Corte Suprema, não há ilegalidade na determinação da execução da pena após rejeitados os embargos de declaração formulados contra o acórdão da apelação.

3. Embargos de declaração acolhidos para sanar as omissões apontadas, sem alteração do julgado.

(EDcl no HC 354.441/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016)

Assim, a partir de agora, o guardião da Constituição Federal esclarece (determinando) que a segregação do cidadão, após o exaurimento da jurisdição das instâncias ordinárias, independe do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal porque representa a (então autorizada) execução provisória da pena, não havendo mais que se falar em prisão preventiva.

Assim sendo, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das

instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação.

No ponto, a bela tese desenvolvida pela defesa tem por base respeitável diretriz pretoriana superada:

(...)A ausência de efeito suspensivo ao Recurso Especial não acarreta, por si só, a execução provisória da pena, quando não fundamentada a constrição cautelar nas hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal. Precedentes do STF e do STJ.

VI. Conforme julgado desta Corte, "a decretação da prisão cautelar pela Corte de 2º grau, em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível reformatio in pejus" (STJ, HC 180363/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 12/04/2011).

VII. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no Ag 1336499/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013).

Como já dito, diante da guinada jurisprudencial do STF, acima indicada, não se discute mais, nesta fase processual, os pressupostos legais da prisão cautelar. Trata-se de execução provisória da pena, que somente poderá ser sustada se concedido efeito suspensivo ao recurso especial interposto.

Nesse sentido, é a jurisprudência mais recente desta 5ª Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. MÉRITO. ANÁLISE DE OFÍCIO. PRISÃO CAUTELAR. EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PACIENTE CONDENADO A 1 ANO DE DETENÇÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRISÃO DETERMINADA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. LEGALIDADE. RECENTE ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA NON REFORMATIO IN PEJUS. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento

firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso próprio. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu que A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal (STF, HC n. 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe 17/05/2016).

3. No particular, como a sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de origem e porquanto encerrada a jurisdição das instâncias ordinárias (bem como a análise dos fatos e provas que assentaram a culpa do condenado), é possível dar início à execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da condenação, sem que isso importe em violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

4. ***De outra parte, não há que se falar em reformatio in pejus, pois a prisão decorrente de decisão confirmatória de condenação do Tribunal de apelação não depende do exame dos requisitos previstos no art. 312 do CP. Está na competência do juízo revisional e independe de recurso da acusação.***

5. Habeas Corpus não conhecido.

(HC 329.114/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 10/08/2016).

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. Precedentes.

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.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS ACRESCIDOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DO PACIENTE

INALTERADA. MODO PRISIONAL DETERMINADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE AO QUANTUM FINAL DA PENA. ALTERAÇÃO PARA O SEMIABERTO. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. ***Não há falar em ofensa ao princípio que veda a reformatio in pejus, diante da adoção de novos fundamentos a embasar a imposição do modo prisional mais gravoso, pois "Segundo o princípio da ne reformatio in pejus, o juízo ad quem não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo a quo, somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC 142.443/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012).***

2. Na hipótese, o Tribunal de origem fundamentou o modo fechado na gravidade concreta do delito, com esteio na quantidade e na diversidade dos entorpecentes apreendidos. Contudo, a reprimenda final foi estabelecida em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a evidenciar a desproporcionalidade desse sistema prisional duplamente mais severo que o previsto no art. 33 do Código Penal.

3. Assim, é possível, em razão da apontada reprovabilidade do delito, estabelecer o modo semiaberto como inicial à execução da pena, o qual se mostra devido e suficiente à prevenção e à repressão do crime versado.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 44 DA LEI 11.343/06 PELO STF. SUSPENSÃO DA NORMA PELO SENADO. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. NEGATIVA FUNDADA NA VEDAÇÃO LEGAL. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MANUTENÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA SANÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Considerando-se a declaração de inconstitucionalidade incidental, pelo STF, dos arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/2006, na parte em que vedavam a substituição da pena reclusiva por medidas alternativas, e a suspensão da sua execução, pelo Senado Federal, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos aos condenados por tráfico ilícito de entorpecentes, quando

atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

2. Entretanto, afastado os fundamentos em que o Tribunal a quo se embasou para negar a permuta, vê-se que a gravidade concreta do delito, representada pela variedade e quantidade do entorpecente apreendido, justifica a manutenção da negativa, pois a conversão da sanção reclusiva não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício a fim de alterar o regime inicial para o semiaberto.

(HC 350.837/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016).

Sobre a posição da Sexta Turma, esclarecedor é o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura proferido no HC n. 354.441, retrocitado, verbis: (...)

Por fim, não há falar em reformatio in pejus. Note-se que, nos autos do HC 336.759/MG, julgado em 3.5.2016, entendi que a liberdade do acusado estava albergada pelo manto da coisa julgada, haja vista a decisão desta Corte, em anterior writ, garantindo-a até o trânsito em julgado. No entanto, fiquei vencida mais uma vez, prevalecendo nesta Sexta Turma o entendimento no sentido de ser possível a execução antecipada da pena.

Dessarte, tendo em vista o recente julgamento do Pretório Excelso, esta Turma entende que cabe ao Tribunal de origem determinar, após o julgamento da apelação, a imediata execução da pena, independentemente de eventuais decisões anteriores que condicionassem a prisão à sentença definitiva.

In casu, vale ressaltar que o magistrado a quo limitou-se a proferir decisão de praxe no sentido de que, após o trânsito em julgado, fossem adotadas diversas providência, incluindo a expedição de mandado de prisão.

Assim, no ponto, inexiste constrangimento ilegal.

Quanto ao segundo ponto da impetração – ausência de manifestação da Corte de origem quanto à arguição de utilização de prova ilícita por ocasião dos debates/interrogatórios no plenário do Júri –, a Corte de origem não conheceu do tema em razão da preclusão.

De fato, nos termos da iterativa jurisprudência do STJ, as irregularidades na quesitação dos jurados devem ser suscitadas no momento oportuno e registradas na ata da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, sob pena de preclusão. (AgRg no REsp 1789302/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS,

QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL POPULAR. HOMICÍDIO QUALIFICADO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. REEXAME DE PROVAS. INABILITAÇÃO DOS JURADOS. NÃO ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO. DECOTE DE QUALIFICADORA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.

I - A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

II - Consoante preceitua o art. 571, inciso VIII, do CPP, as nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri devem ser arguidas no momento próprio, ou seja, logo depois de ocorrerem, e registradas na ata da sessão de julgamento, sob pena de preclusão. Precedentes.

III - Para desconstituir acórdão que decide por decisão de Tribunal do Juri por contrário às provas dos autos, imperioso análise dos fatos e das provas. Incidência da Súmula 7/STJ. IV - Se a instância ordinária, soberana na análise dos fatos e provas coligidos aos autos, chegou à conclusão de que a qualificadora, prevista no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal é manifestamente improcedente, fê-lo tendo por base o acervo probatório da causa. Diante disso, a inversão dessa conclusão, para entender-se equivocada a referida exclusão, exigiria, inevitavelmente, o reexame dos contexto fático dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1202268/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 27/03/2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. HOMICÍDIO. TRIBUNAL DO JÚRI. QUESITAÇÃO. REPETIÇÃO. SUSTENTADA AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. NULIDADE. FALTA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO.

1. Não há nulidade no julgamento monocrático do recurso se a decisão foi proferida com base na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, com fundamento no artigo 932, V, "a", do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/2015), c/c artigo 3º do Código de Processo Penal, e no

artigo 34, XVIII, "c", parte final, do RISTJ.

2. As nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri devem ser arguidas no momento em que acontecem, devendo ser registradas na ata de sessão de julgamento. No caso, não houve impugnação no momento oportuno, restando, portanto, preclusa a alegação.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1739375/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 28/08/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO JULGAMENTO PELO JÚRI. MATÉRIA PRECLUSA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É "pacífico o entendimento de que eventuais irregularidades ocorridas no julgamento do Tribunal do Júri devem ser impugnadas no momento processual oportuno e registradas na ata da sessão do Conselho de Sentença, sob pena de preclusão" (AgRg no REsp n. 1413229/RO, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/6/2018, DJe 2/8/2018).

2. É assente a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que, é imprescindível para o reconhecimento da nulidade, a demonstração de prejuízo, o que não ocorreu in casu. Tal conclusão, destaque-se, é consequência lógica do princípio pas de nullité sans grief, depreendido do art. 563 do Código de Processo Penal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 1376292/GO, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2018, DJe 01/02/2019)

Sendo assim, o acórdão impugnado está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior.

Por outro lado, como o mérito da questão não foi examinado pelo Tribunal de origem, esta Corte Superior está impedida de apreciar o tema, sob pena de indevida supressão de instância. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. DECRETO PRISIONAL FUNDAMENTADO. GRAVIDADE

CONCRETA DA CONDUTA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

I - A tese recursal relativa à eventuais nulidades ocorridas no inquérito policial sequer foi analisada pelo eg. Tribunal a quo, ao fundamento de que não foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, razão pela qual o mandamus impetrado na eg. Corte de origem foi parcialmente conhecido.

II - Assim sendo, fica impedida esta eg. Corte de analisar a quaestio ventilada no recurso, sob pena de indevida supressão de instância, já que o eg. Tribunal a quo não se manifestou acerca das alegadas nulidades.

[...] Recurso ordinário conhecido em parte e, nesta parte, desprovido. (RHC 45.246/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/10/2014, DJe 13/10/2014).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA E DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO.

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.

2. Conforme entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, o prequestionamento das teses jurídicas constitui requisito de admissibilidade da via, inclusive em se tratando de matérias de ordem pública, sob pena de incidir em indevida supressão de instância e violação da competência constitucionalmente definida para esta Corte.

3. As teses de nulidade da ação por ausência de notificação do paciente para apresentar defesa prévia, bem como por deficiência na defesa técnica, não foram objeto de julgamento pela Corte de origem, o que impede seu conhecimento por este Tribunal, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.

4. "A alegação de deficiência da defesa deve vir acompanhada de prova de inércia ou desídia do defensor, causadora de prejuízo concreto à regular defesa do réu" (RHC 39.788/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA,

> *DJe 25/2/2015), o que não se verifica no caso em exame.*
>
> *5. Writ não conhecido. (HC 287.808/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 25/05/2017).*
>
> *Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente habeas corpus.*

Da leitura do acórdão embargado, observa-se que inexistem as omissões apontadas pela defesa. As questões apresentadas na impetração foram decididas em sua integralidade.

Assim, não se verificando nenhum dos defeitos previstos na norma processual, mas mera irresignação com a solução apresentada por esta Corte Superior, é caso de se rejeitar os embargos. Na verdade, busca o embargante o rejulgamento da causa, pretensão inadequada em sede de aclaratórios. Confiram-se:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. I - Consoante prevê o art. 619, do Código de Processo Penal, o recurso de embargos de declaração é restrito às hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no acórdão embargado. II - A pretensão de rejulgamento da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada. III - Não compete a esta Corte Superior a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal, ex vi art. 102, III, da Constituição da República. IV - Embargos de Declaração rejeitados.* (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 28.368/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, Quinta Turma, julgado em 10/6/2014, DJe 18/6/2014).
>
> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Os embargos de declaração têm os contornos delineados pelo art. 619 do Código de Processo Penal, sendo cabíveis quando há necessidade de supressão de qualquer forma de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão em uma decisão judicial, inocorrentes na espécie. 2.*

> *Pretendem os embargantes, tão somente, o rejulgamento da causa, por meio de remédio nitidamente inábil à finalidade almejada. 3. Embargos declaratórios rejeitados.* (EDcl no AgRg no AREsp 98.968/DF, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe 9/9/2013).

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Publique-se.

Brasília, 10 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator