

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.590.006 - MG (2019/0288267-2)

RELATOR : MINISTRO LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE)
AGRAVANTE : ANISIO CORREIA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DESOBEDIÊNCIA. CORRUPÇÃO DE MENORES. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INCABÍVEIS PARA FINS DE MERO PREQUESTIONAMENTO OU REDISCUSSÃO DO MÉRITO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTIGOS 156 E 158, AMBOS DO CPP. INOVAÇÃO RECURSAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **ANISIO CORREIA DE SOUZA** em face da decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Consta dos autos que o juízo singular pronunciou o agravante como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, inciso V, c/c art. 14, inc. II; 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 330, todos do Código Penal, e art. 244-B do ECA, na forma dos arts. 29 e 69, ambos do Código Penal (fls. 291-294).

O eg. Tribunal **a quo negou provimento** ao recurso em sentido estrito interposto pela defesa, mantendo a sentença de pronúncia.

O v. acórdão foi ementado nos seguintes termos (fl. 353):

"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – DESPRONÚNCIA – IMPOSSIBILIDADE – PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – IN DUBIO PRO SOCIETATE – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DOLOSO CONTRA A VIDA PARA O DELITO DE DISPARO DE ARMA DE FOGO –

INVIABILIDADE – PRONÚNCIA MANTIDA.

- *Tratando-se de crime doloso contra a vida, para a decisão de pronúncia é necessário que exista nos autos certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito, prevalecendo, nesta fase do procedimento, a máxima in dubio pro societate.*

- *A decisão de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da denúncia oferecida no rito do Tribunal do Júri, bastando, nessa fase, apenas a demonstração da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, sendo defeso ao magistrado se manifestar de maneira aprofundada sobre as provas para não influenciar o Conselho de Sentença.*

- *Quando a materialidade do crime praticado contra a vida resta demonstrada pelos documentos jungidos aos autos e a prova testemunhal indica a acusada como sendo a possível coautora ou partícipe do delito, a pronúncia é medida que se impõe.*

- *Não se desclassifica o delito de homicídio tentado para o crime de disparo de arma de fogo, na fase da pronúncia, quando não se pode precisar de forma clara, insofismável, que a vontade do agente era apenas de efetuar disparo de arma de fogo"*

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 384-388).

Interposto **recurso especial**, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea **a**, da Constituição da República, a defesa alegou ofensa aos arts. 619, 156 e 158, todos do Código de Processo Penal, ao argumento de que o acórdão recorrido não analisou todas as alegações postas pela defesa nos embargos de declaração, que evidenciam a carência de provas para a manutenção da pronúncia pelo delito de homicídio qualificado na forma tentada, haja vista que *"não há elementos nos autos a sustentar a pronúncia, especialmente, pela ausência de corpo de delito para constatar a ocorrência de disparo de arma de fogo pelo menor comparsa do recorrente no crime de roubo"* (fl. 403).

Acrescenta que *"a ausência de elementos mínimo para a pronúncia se revelou cristalina desde a conclusão do inquérito, ocasião em que*

o recorrente NÃO foi indiciado por homicídio tentado, mas sim, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal c/c art. 244-B do ECA. Por seu turno, o menor Luciano foi indiciado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, bem como no art. 14 da Lei nº 10.826/03, conforme relatório final às fls. 49/52" (fl. 403).

Alega que "houve divergência entre a versão do menor infrator e dos policiais, situação que exigiria a produção de prova técnica para alcançar a verdade real acerca da ocorrência, ou não, de disparos de arma de fogo, bem como, em caso positivo, em qual direção e local restou alojada a munição" (fl. 404).

Defende que "o próprio órgão acusador, uma vez pretendendo alterar a conclusão do inquérito promovido pela Polícia Civil, deveria ter requerido o indispensável exame de corpo de delito, seja no veículo apreendido, seja na mão do acusado preso em flagrante, medida que permitiria algum grau de certeza em relação aos fatos narrados na denúncia" (fl. 404).

Por fim, pugna pelo provimento do apelo nobre, a fim de que o agravante seja impronunciado ou, de forma subsidiária, seja o acórdão recorrido cassado a fim de que outro seja prolatado, com expressa manifestação quanto aos pontos levantados pela defesa.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 413-416), sobreveio juízo negativo de admissibilidade fundado na aplicação da Súmula 7/STJ, pois a análise do acórdão recorrido implicaria revolvimento de matéria fático-probatória.

Nas razões do agravo, postula-se o processamento do recurso especial, haja vista o cumprimento dos requisitos necessários a sua admissão (fls. 424-432).

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **desprovimento** do agravo em recurso especial (fl. 449).

É o relatório.

Decido.

Tendo em vista os argumentos expendidos pela parte agravante para refutar os fundamentos da decisão de admissibilidade da origem, **conheço do agravo e passo a examinar o recurso especial.**

A questão a ser analisada cinge-se à suposta negativa de prestação jurisdicional pelo Tribunal **a quo**, em face da não apreciação de teses relevantes invocadas pela defesa, quanto à inexistência de elementos para a manutenção da pronúncia, em face da não realização do exame de corpo de delito, cabendo à acusação o ônus da demonstração da prática do delito. Aduz a defesa que o acórdão recorrido não analisou todas as alegações postas nos embargos de declaração, que evidenciam a carência de provas para a manutenção da pronúncia pelo delito de homicídio qualificado na forma tentada, haja vista que *"não há elementos nos autos a sustentar a pronúncia, especialmente, pela ausência de corpo de delito para constatar a ocorrência de disparo de arma de fogo pelo menor comparsa do recorrente no crime de roubo"* (fl. 403).

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 356-361):

"Sem preliminares argüidas ou apreciáveis de ofício, passo, assim, a analisar o mérito recursal.

Buscam as defesas a despronúncia dos réus, ao argumento de não haverem provas suficientes a sustentar a submissão dos mesmos ao julgamento perante o Júri Popular.

Contudo, tenho que razão não lhes assiste.

Urge salientar, de início, que, para a decisão de pronúncia, é necessário que exista nos autos certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria do delito.

Nesta fase, vigora o princípio do in dubio pro societate, pois a mínima dúvida havida quanto aos fatos não beneficia o acusado, mas sim a sociedade, devendo ser dirimida pelo Tribunal do Júri – juízo constitucional dos crimes dolosos contra a vida.

Nesse sentido é o julgado:

[...]

In casu, a materialidade resta comprovada pelo BO, fls. 02/09, Laudo de Exame de DNA, fls. 12/13, Laudo de Necropsia, fls. 24/35, Laudo Perinecroscópico, fls. 40/49 e Laudo Pericial de Determinação de Calibre, fls. 129.

Quanto à autoria, há indícios suficientes para prolação da

pronúncia, não havendo como prosperar a pretensão da defesa.

O recorrente, em Juízo (fls. 215) permaneceu em silêncio.

A vítima Breno afirmou que o recorrente lhe apontou a arma de fogo no momento do assalto, o que fora confirmado por Hisabelly (fl. 214).

O policial Militar Celso Roberto de Moura Carmo confirmou, em Juízo, que viu os disparos vindos do veículo em fuga em direção à viatura e que os disparos foram efetuados por quem estava dentro do veículo.

O outro militar Jave Alves de Matos (fls. 194) confirmou terem sido efetuados disparos na direção dos policiais.

Dessa forma, a realização de disparos na direção dos policiais, podendo tê-los atingido, faz com que a conduta seja analisada pelo Júri, uma vez uma vez que há indícios do cometimento de crime contra a vida.

Do mesmo modo, não merece prosperar o pleito de desclassificação para o delito previsto no art. 15 da Lei 10.826/03.

A desclassificação, nos termos do art. 419 do Código de Processo Penal, pressupõe o convencimento, com base em prova cabal e inequívoca, do magistrado acerca da existência de crime diverso daquele definido como de competência do Tribunal do Júri no art. 74, §1º, do referido diploma legal.

No caso em comento, mais uma vez, não há provas robustas de que o recorrente tenha, ao contrário do alegado, agido apenas com intenção de disparar a arma de fogo, já que os policiais relataram que os disparos foram efetuados em suas direções.

Desse modo, ausente prova cabal e inequívoca, até o presente momento, de que tenha o recorrente agido sem animus necandi, deve-se reservar ao Tribunal do Júri uma análise detalhada e pormenorizada do tema, cabendo-lhe dirimir a questão já que, na fase de pronúncia, vigora, repita-se, o princípio *in dubio pro societate*.

Registre-se, também, que a pronúncia tem natureza declaratória, ou seja, o juiz tão somente verifica a admissibilidade da acusação para que esta seja decidida pelo Plenário do Júri, sendo certo que, durante o julgamento em plenário, a prova testemunhal pode até ser repetida, a teor do disposto no art. 422 do CPP.

Sendo assim, correta a decisão do MM. Juiz "a quo" que remeteu à apreciação do Tribunal do Júri dessa Capital, o crime narrado na denúncia, não havendo se falar em modificação da mesma, devendo a tese ora apresentada ser apreciada pelo Conselho de Sentença.

Nesse contexto, considerando os elementos de prova contidos nos autos, impõe-se a manutenção da r. decisão de pronúncia, competindo ao Conselho de Sentença a inteireza da acusação, nos termos do art. 5º, XXXVIII, da CR/88.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo íntegra a r. sentença de pronúncia.

Por sua vez, ao rejeitar os embargos de declaração interpostos pela defesa, a Corte de origem invocou os seguintes fundamentos, **in verbis** (fls. 386-388):

"Todavia, verifica-se que os presentes embargos alegam haver obscuridade/omissão na decisão Colegiada em relação aos indícios de autoria, o que, data venia, não se pode verificar.

Ora, conforme se vê da decisão ora embargada, foram apontados elementos mínimos que autorizam a manutenção da decisão de pronúncia. Ademais, o v. acórdão embargado deixou claro que nessa fase do procedimento escalonado do Júri, não há que se ter prova cabal da autoria, mas apenas indícios. Sendo, pois, mero juízo de admissibilidade da acusação para que o Conselho de Sentença julgue os fatos.

Assim, não há que se falar em omissão, obscuridade e contradição, sendo que eventual discordância com o teor da decisão, tendo o v. acórdão sido devidamente fundamentado.

Ressalto, por fim, que os embargos de declaração são ineficazes para o fim de prequestionamento, tendo em vista que seus limites também se encontram estabelecidos no art. 619 do CPP.

Nesse sentido, é o entendimento deste e. Tribunal:

[...]

Ante o exposto, NÃO ACOLHO PARCIALMENTE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Em primeiro lugar, não houve a aventada ofensa ao **art. 619 do Código de Processo Penal**. O mencionado dispositivo prevê que "[a]os acórdãos proferidos pelos **Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas**, poderão ser opostos **embargos de declaração**, no prazo de **dois dias** contados da sua publicação, quando houver na sentença **ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão**".

O **recorrente** aduziu ser o v. acórdão **omisso, contraditório e obscuro**, ao não examinar a principal tese defensiva: de que não há elementos suficientes a demonstrar a prática de homicídio qualificado, na forma tentada, dada a suposta contradição entre os testemunhos dos policiais, bem como em face da inexistência do exame de corpo de delito, dada a existência de vestígios, sendo ônus da acusação a sua produção.

Todavia, é patente que a referida alegação foi implicitamente afastada, quando a instância **a quo**, avaliando o **conjunto probatório** carreado aos autos, concluiu que *"ausente prova cabal e inequívoca, até o presente momento, de que tenha o recorrente agido sem animus necandi, deve-se reservar ao Tribunal do Júri uma análise detalhada e pormenorizada do tema, cabendo-lhe dirimir a questão já que, na fase de pronúncia, vigora, repita-se, o princípio in dubio pro societate"* (fls. 358-359).

Em verdade, com os aclaratórios opostos na origem, o recorrente pretendeu, como bem reconheceu a eg. Corte estadual, veicular mero inconformismo. A jurisprudência deste Superior Tribunal, entretanto, é firme no sentido que essa não é a via adequada para nova impugnação do mérito. Sobre o tema:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE DO APELO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. INADEQUAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.

[...]

2. Não se prestam os embargos de declaração para rediscutir matéria já devidamente enfrentada e decidida pelo aresto objurgado.

[...]

4. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AgRg no AREsp 1098662/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/11/2017)

"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não verificada contradição, obscuridade, omissão ou ambiguidade, são rejeitados os embargos declaratórios, que não servem à rediscussão do julgado.

[...]

5. Embargos de declaração rejeitados." (EDcl no AREsp 642.520/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 14/11/2017)

Também não é **omisso** o v. acórdão reprochado, por não haver se pronunciado acerca da suposta ofensa aos artigos 156 e 158, ambos do CPP. A instância **a quo** não julgou necessário se manifestar, expressamente, sobre o tema, para decidir a questão deduzida em juízo.

Como é sabido, "[o] julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir" (EDcl no AgRg no HC 401.360/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 24/11/2017).

No mesmo sentido, o julgado abaixo:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUCTA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão ocorridas no acórdão embargado, sendo inadmissíveis quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivem novo julgamento do caso.

2. A omissão a ser sanada nos aclaratórios diz respeito ao pedido e não à apreciação de todas as teses vencidas, não existindo vício a ser reparado no **decisum** quando nele estão estampados fundamentos suficientes para dirimir a controvérsia.

[...]

4. Embargos rejeitados." (EDcl no HC 304.808/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogério Schietti Cruz**, DJe 23/2/2015)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO VÍCIO A AUTORIZAR OS ACLARATÓRIOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SUM. 284/STF. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. BIS IN IDEM. INOVAÇÃO DE MATÉRIA. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração são recursos com

fundamentação vinculada, sendo imprescindível a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal. Podem ser admitidos, ainda, para correção de eventual erro material e, excepcionalmente, para alteração ou modificação do decisum embargado.

2. No caso, o embargante não apontou nenhum dos vícios - ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão - que importa no cabimento dos embargos de declaração, o que configura deficiência na fundamentação, a atrair a incidência da Súmula n. 284 do STF.

3. A alegação de que houve *bis in idem* na fixação da pena, por terem sido a quantidade e a natureza do entorpecente utilizadas tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria, não foi objeto do recurso especial, nem do regimental que se seguiu, constituindo, assim, inovação não suscetível de exame em sede de embargos declaratórios.

4. Embargos de declaração rejeitados."(EDcl no AgRg no AREsp 1535019/MS, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 12/11/2019)

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em conformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.*"

No que se refere à suposta violação aos artigos 156 e 158, ambos do CPP, tenho que a insurgência sequer comporta conhecimento, porquanto constitui indevida inovação recursal operada nas instâncias ordinárias em sede de embargos de declaração, repisada neste apelo nobre, sem que houvesse sido submetida ao crivo da Corte de origem por ocasião da interposição da apelação.

O efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente (**tantum devolutum quantum appellatum**), em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do **contraditório** pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula

constitucional do **devido processo legal**.

O recurso, portanto, não merece conhecimento nessa parte, por se tratar de clara **inovação recursal**, tendo em vista que o ora recorrente não pleiteou ao eg. Tribunal de origem, no momento oportuno, a matéria alegada.

Quanto ao tema, confirmam-se:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PLEITO PARA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

*1. Em relação aos arts. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 8,1 e 8,2 da CADH; 14, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos; e 159 do Código de Processo Penal; verifica-se que não foram devidamente prequestionados na instância de origem, incidindo à espécie a Súmula 211/STJ. **Muito embora tenham sido opostos embargos de declaração para suscitar o debate, a matéria não foi abordada nas razões de apelação, motivo pelo qual a Corte de origem não tinha o dever de se pronunciar a respeito, em face da inovação recursal. In casu, esta Corte entende ser inaplicável o art. 1.025 do CPC.***

2. O acolhimento do pedido de absolvição por insuficiência probatória demanda, in casu, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. "Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade." (AgRg no REsp 1.788.559/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019).

4. Agravo regimental não provido."(AgRg no AREsp 974.450/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 18/11/2019)

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. FALSIFICAÇÃO E SUPRESSÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NULIDADE ALEGADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS. ADEQUAÇÃO TÍPICA. SÚM. 7 DESTA CORTE. DOSIMETRIA. REVISÃO. POSSIBILIDADE. PERSONALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

*I - Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, trata-se de inovação recursal, a matéria não alegada no momento oportuno, qual seja, apelação, sendo inviável a sua análise pelo Tribunal de origem, por força do princípio do tantum devolutum quantum appellatum, ainda que se refira à matéria de ordem pública. Precedentes." [...] (AgRg nos EDcl no REsp 1389417/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Felix Fischer**, DJe 16/10/2017).*

"[...]

ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS.

1. O efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo recorrente (tantum devolutum quantum appellatum), em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à clausula constitucional do devido processo legal. 2. Neste caso, o pedido de desclassificação não foi apresentado pela defesa em sede de apelação, consistindo inovação recursal nos embargos de declaração, não tendo sido objeto de debates pelas instâncias antecedentes, o que inviabiliza a discussão da matéria em sede de recurso especial, por ausência de prequestionamento.

3. Além disso, eventual acolhimento da tese de mudança na capitulação jurídica do crime depende de aprofundado exame do conteúdo do acervo fático-probatório carreado aos autos, providência não comportada nos estreitos limites cognitivos do recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte.

[...]

*3. Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 334.099/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 22/11/2018, destaquei)*

Ademais, repita-se, em que pese a oposição de embargos de declaração para ventilar a matéria, adentrar na análise sobre a referida matéria, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância. O recurso, portanto, não pode ser conhecido em virtude da ausência do devido prequestionamento, assim, incide à espécie as **Súmulas 282 do Pretório Excelso e 211 deste Tribunal**.

A propósito:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR MULTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO STF. FURTO. VALOR DO BEM. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A questão relacionada à substituição da pena corporal por multa prevista no § 2º do artigo 155 do Código Penal não foi objeto de debate e discussão pelo Tribunal a quo em sede de apelação e sequer foi questionada nos embargos de declaração integrativos. Carece, assim, o tópico do adequado e indispensável prequestionamento, motivo pelo qual incidentes, por analogia, as Súmulas n. 282 e n. 356/STF.

[...]

*3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp n. 1.642.004/MG, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 15/12/2017).*

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO FICTO. ART. 1.025 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. NECESSÁRIO REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PLEITO PARA CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Em relação aos arts. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 8,1 e 8,2 da CADH; 14, 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos; e 159 do Código de Processo Penal;

verifica-se que não foram devidamente prequestionados na instância de origem, incidindo à espécie a Súmula 211/STJ. Muito embora tenham sido opostos embargos de

declaração para suscitar o debate, a matéria não foi abordada nas razões de apelação, motivo pelo qual a Corte de origem não tinha o dever de se pronunciar a respeito, em face da inovação recursal. In casu, esta Corte entende ser inaplicável o art. 1.025 do CPC.

2. O acolhimento do pedido de absolvição por insuficiência probatória demanda, in casu, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório, o que é vedado em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

3. "Nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade." (AgRg no REsp 1.788.559/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 19/8/2019).

4. Agravo regimental não provido."(AgRg no AREsp 974.450/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, DJe 18/11/2019)

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 90 DA LEI N. 8.666/93. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA. SÚMULA 211/STJ. DOLO. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A questão referente à desclassificação da conduta delitiva não foi debatida pela instância de origem, ressentindo-se o recurso especial do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do STJ.

2. Consta do acórdão regional que o dolo dos acusados foi suficientemente visualizado, tendo em conta que eles "direcionaram o resultado do certame Tomada de preços n. 005/2006, viabilizando a adjudicação do objeto da licitação à empresa - Senco Serviços de Engenharia e Construções Ltda". A inversão dessa conclusão encontra óbice na Súmula n. 7/STJ.

3. Consoante orientação jurisprudencial desta Corte, o delito descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é formal, bastando para se consumar a demonstração de que a competição foi frustrada, independentemente de demonstração de recebimento de vantagem indevida pelo agente e comprovação de dano ao erário (ut, HC n. 341.341/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 30/10/2018).

4. Agravo regimental não provido."(AgRg nos EDcl no REsp 1733895/PB, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo

Soares da Fonseca, DJe 12/11/2019)

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, inciso II, **a** e **b**, do Regimento Interno do STJ, **conheço do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento.**

P. e I.

Brasília, 29 de novembro de 2019.

Ministro Leopoldo de Arruda Raposo

(Desembargador Convocado do TJ/PE)

Relator