



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 100.472 - SP (2008/0035615-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : AURÉLIO DA SILVA
ADVOGADO : CLÁUDIO AMAURI BARRIOS
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. JÚRI. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NO TRIBUNAL DE ORIGEM E NEM DECIDIDAS. *HABEAS CORPUS*. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. NÃO PROVIMENTO.

1. Demonstrado o notório e expreso intento de infringência nos embargos declaratórios, nada impede sejam recebidos como agravo regimental.
2. Segundo a súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, a apelação contra as decisões do Tribunal do Júri tem efeito devolutivo adstrito aos fundamentos da sua interposição.
3. Não suscitadas no Tribunal de origem, depois da interposição de três apelações, as pretensas nulidades deduzidas no presente *habeas corpus*, não merecem conhecimento, sob pena de indevida infringência ao art. 105, inciso II, letra "c" da Constituição Federal.
4. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental ao qual nega se provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília, 17 de maio de 2011(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 100.472 - SP (2008/0035615-6)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
EMBARGANTE : AURÉLIO DA SILVA
ADVOGADO : CLÁUDIO AMAURI BARRIOS
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de AURÉLIO DA SILVA, apontando como autoridade coatora a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal nº 1.092.761.3/3-00 ou 993.07.087108-3 ou 0004389-81.1995.8.26.0526).

Segundo se colhe, o paciente foi denunciado e pronunciado, por prática descrita no art. 121, § 2º, inciso III (tortura e asfixia) e IV (recurso que dificultou a defesa da vítima) do Código Penal, tendo sido, em plenário, condenado sem a qualificadora do inciso III (asfixia e tortura), com reconhecimento apenas do IV, tendo o juiz fixado a pena em 12 (doze) anos de reclusão em regime inicialmente fechado (fls. 142/143).

O Ministério Público recorreu (fls. 147/150), postulando a fixação das penas acima do mínimo legal, *"de sorte a não serem compensadas apenas e tão-somente as circunstâncias judiciais com as atenuantes genéricas."* (fl. 149), porque, sob a sua ótica, a culpabilidade do paciente teria sido exarcebada, bem assim os motivos do crime, as consequências e outras circunstâncias do art. 59 do Código Penal, que estariam a embasar a pretensão de exasperar a reprimenda.

A defesa também recorreu, pretendendo anular o julgamento por deficiência na formulação dos quesitos, pois os referentes à obediência hierárquica (ordem manifestamente ilegal), teriam sido redigidos de forma negativa, causando perplexidade aos jurados, por ocasião da votação. Suscitou ainda nulidade na formulação acusatória, pois, sendo dois réus, pronunciados como coautores, sem tese de participação de menor importância, deveriam ter sido acusados com as mesmas qualificadoras, o que não teria ocorrido, pois contra o ora paciente foi aplicado o fato do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, o que não ocorreu com o outro réu.

A apelação da defesa foi acolhida, reconhecendo o Tribunal, em acórdão unânime (fls. 175/182), a existência de nulidade por defeito na quesitação, nos seguintes termos:

"Deste modo, mal redigido o quesito referente à obediência hierárquica, que deveria estar formulado em proposição afirmativa, o que contraria o disposto no art. 484, VI do Código de Processo Penal, e não descarta a possibilidade de que, à vista dessa má redação, tenham os jurados conferido



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

resposta diversa da que efetivamente se dispusessem a dar, imperiosa a repetição do julgamento onde, de forma clara, precisa, sem ambiguidades, seja obtida a conclusão do Conselho de Sentença." (fl. 181)

Realizado o segundo Júri, foi a conduta do paciente foi desclassificada para homicídio culposo (art. 121, §3º do Código Penal), fixando o juiz uma pena de 02 anos de detenção, no regime inicial aberto (fls. 207/212).

Contra esse édito somente a acusação apelou, postulando, em preliminar, nulidade por falta de intimação de testemunhas da acusação, não ouvidas no Júri anterior. No mérito, pretendeu fosse reconhecido ter havido julgamento contrário à prova dos autos, o que foi acolhido pelo Colegiado de origem, pelos seguintes fundamentos:

"E, diga-se de passagem, já se ouviram testemunhas em número suficiente quer no *judicium accusationis*, quer no Plenário do Júri.

Assim, fica rejeitada a preliminar.

A desclassificação para delito culposo não tem o menor amparo na prova.

Basta ver-se que as condenações no primeiro julgamento foram por homicídio doloso, um qualificado e o outro simples.

No caso presente, os apelados, guardas municipais de Salto, estariam incumbidos pelo seu superior hierárquico em atendimento de solicitação do Vice-Prefeito, de realizarem "investigação" sobre furto ocorrido na residência de funcionário local.

A partir daí, ignorando a ausência de atribuição funcional para realização de diligências e investigações, demonstrando absoluto despreparo funcional, praticaram toda sorte de violência até localizar a vítima, não deixando de constranger pessoas e obrigá-las a mostrar residência do ofendido, bem como lesionando e submergindo à força a cabeça em pia cheia de água, na sede da Guarda Municipal, de Denilson correa, após tentar sufocá-lo com colcha apertada contra seu pescoço, estando algemado, no intuito de que informasse onde estavam bens subtraídos, como informado a fls. 80 e verso, e depois em Plenário. Enquanto Aurélio erguia essa vítima algemada pelos pés, o co-réu Barbosa introduzia sua cabeça no meio líquido e segurava.

Insatisfeitos em não terem esclarecido o furto que receberam como "missão", foram à procura da vítima Cezar Pereira Cleir, vulgo "Lobão".

Após obrigarem a vítima Fernando Antônio Filho, amigo do ofendido a indicar-lhes a residência nova de "Lobão", ficaram à sua espera. Denilson Correa também sofreu violência dos réus (fls. 9/16).

Quando "Lobão" apareceu, voltando do trabalho na Eucatex, os réus o pegaram e, segundo sua companheira que a tudo presenciou, Vânia Alves Marinho, o colocaram no interior do veículo em que estavam e se dirigiram ao córrego perto da rodoviária onde o teriam lesionado e culminado por matá-lo por asfixia em meio líquido.

(...)

Assim, a versão apresentada pelo réus de que o ofendido fugiu e foi perseguido por 40 minutos até ser encontrado caído no córrego - local ermo - em razão de ter ficado preso em galho pela bolsa tira-colo que portava, não tem qualquer amparo na prova.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O laudo de fs. 27/28 conclui que o ofendido morreu em decorrência de asfixia mecânica, apresentando escoriações na região frontal, dorso nasal, malar esquerda, lábio superior, lado esquerdo do pescoço, porção superior do dorso e pontos dos membros inferiores, escoriações e equimoses na face anterior do tórax, mais na região pré-cordial e no hipocôndrio direito. A pele estava úmida e havia pequenas equimoses na cabeça e o estômago tinha líquido aquoso.

Tais lesões não poderiam ter ocorrido numa mera queda pela sua sede e diversidade, demonstrando que o ofendido foi seviciado e, ao que tudo indica, teve sua cabeça introduzida na água culminando por falecer por asfixia.

Essa conclusão foi ratificada no Plenário do Júri pelo médico que realizou a autópsia que informou "as lesões traumáticas que ele apresentava, as contusões eram numerosas demais para ser um quadro de afogamento acidental....era mais compatível com quadro de homicídio por afogamento" (fls. 937).

E como já comprovado nos autos, o afogamento era utilizado pelos réus para obter informações nas suas "investigações".

Por todo o exposto, o veredito de homicídio culposo afrontou a prova dos autos devendo os réus serem submetidos a novo julgamento.

Isto posto, rejeitada a preliminar, dá-se provimento ao apelo ministerial para que os apelados sejam submetidos a novo julgamento." (fls. 247/251)

No terceiro Júri, o ora paciente foi condenado por prática descrita no art. 121, §2º, incisos III (tortura e asfixia) e IV (recurso que impossibilitou a defesa do ofendido) do Código Penal, a uma pena de 15 anos e 06 meses de reclusão, no regime integralmente fechado (fls. 292/295).

Nova apelação foi interposta pela defesa, suscitando nulidade porque teria a juíza autorizado ao promotor fazer reperguntas de forma extemporânea, porque teria também a magistrada lido apenas o artigo das atenuantes genéricas e não das específicas, que foram sonegadas aos jurados, que teria havido julgamento contrário à prova dos autos e que a pena foi exagerada.

O recurso foi provido em parte pelo Tribunal de origem, apenas para reduzir a pena para 15 anos de reclusão (fls. 386/396).

Este acórdão transitou em julgado, conforme informações complementares prestadas em 29 de março de 2011 (fls. 384/404).

Mas antes, disso, ainda em fevereiro de 2008, quando ainda não havia sido julgada esta última apelação, veio a presente impetração, tendo como coator o segundo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando reconheceu ter havido julgamento contrário à prova dos autos, em virtude da desclassificação operada pelo segundo Júri.

Afirma que houve descumprimento das normas processuais, devendo ser anulado o acórdão que determinou a realização do terceiro júri e a conseqüente deliberação do tribunal popular. Invoca para tanto o princípio constitucional do devido processo legal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeiramente, defende a soberania da decisão dos jurados, no que se refere à qualificadora da asfixia, quesitada na primeira sessão plenária do júri, e que a anulação deste julgado, sem que tenha sido o colegiado provocado, neste particular, por erro de quesitagem, não desconstitui o trânsito em julgado desse tema para a acusação.

Alega que deve ser aplicado o artigo 248 do Código de Processo Civil a fim de que a nulidade de uma parte do ato não prejudique outras que sejam dela independente, vigorando, assim, a máxima da interpretação em favor do acusado.

Afirma que eventual acolhimento de pretensão da defesa não pode, por via reflexa, prejudicar o paciente naquilo que o órgão acusador se conformou, haja vista que o recurso do Ministério Público referente à primeira deliberação do júri, ateve-se à dosimetria da pena, não tocando na questão da asfixia, naquela oportunidade não reconhecida.

Reitera a impetração que a sentença transitou em julgado nos tópicos não recorridos, sendo inaceitável a *reformatio in pejus* por via transversa no acórdão que determinou a realização do terceiro júri.

Ressalta ainda que não se pode falar em preclusão da matéria para a defesa, pelo fato de não ter sido argüido anteriormente, já que se trata de nulidade absoluta. Requer, dessa forma, a nulidade do terceiro julgamento pelo Júri.

Insurge-se também contra a omissão do defensor constituído do paciente, que não argüiu o tema em apreço antes do último julgamento, o que gerou prejuízo ao paciente. Por fim, afirma que o paciente é primário, tem bons antecedentes, possui endereço certo e atividade lícita.

Por outro lado, salienta que a revisão criminal não é medida cabível, pois não há trânsito em julgado da decisão ora atacada. Ademais, afirma que o prazo prescricional é amplo, portanto não há risco de ocorrer a prescrição da pretensão punitiva.

Requer, liminarmente, a suspensão do julgamento da apelação criminal n.º 1.092.761.3/3-00 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, até o julgamento do presente *writ*.

No mérito, requer o reconhecimento da impossibilidade de o Ministério Público pugnar, em qualquer outro julgamento pelo Júri, a incidência da qualificadora da asfixia, determinando-se sua exclusão da estrutura acusatória, ainda que para isso seja necessário novo julgamento em plenário popular.

Proferi decisão, negando seguimento à impetração, consignando que os temas nela apresentados não foram suscitados na origem, fazendo incidir a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal e muito menos decididos pelo Tribunal de Justiça, estando, pois, impossibilitados de conhecimento, conforme os ditames do art. 105, inciso II da Constituição Federal.

Vem agora os presentes embargos de declaração, com expressos propósitos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

infringentes, alegando equivocada a decisão em xeque, pois as matérias suscitadas na impetração, por serem de flagrante ilegalidade, não precisariam ter sido suscitadas e decididas na origem.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 100.472 - SP (2008/0035615-6)

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. NULIDADES. JÚRI. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NO TRIBUNAL DE ORIGEM E NEM DECIDIDAS. *HABEAS CORPUS*. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. NÃO PROVIMENTO.

1. Demonstrado o notório e expresso intento de infringência nos embargos declaratórios, nada impede sejam recebidos como agravo regimental.
2. Segundo a súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, a apelação contra as decisões do Tribunal do Júri tem efeito devolutivo adstrito aos fundamentos da sua interposição.
3. Não suscitadas no Tribunal de origem, depois da interposição de três apelações, as pretensas nulidades deduzidas no presente *habeas corpus*, não merecem conhecimento, sob pena de indevida infringência ao art. 105, inciso II, letra "c" da Constituição Federal.
4. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental ao qual nega se provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA(Relatora):

De início, diante do nítido intento de infringência, recebo os presentes embargos como agravo regimental, pois proferir outra decisão monocrática, rejeitando os embargos, significa somente protelar o desfecho do processo.

É que, diante da pretensão assim deduzida, em via integrativa por excelência, o pronunciamento monocrático fatalmente deverá ser a respeito do mérito propriamente dito da decisão, desvirtuando, assim o propósito precípua dos embargos declaratórios.

Se, pela própria afirmação do embargante, é possível que os embargos assim sejam apresentados, então nada impede, por outro lado, que sejam recebidos como regimental, porque, em realidade, de regimental se tratam, pois pretendem a reforma da decisão e não somente a sua integração.

Nesse sentido, não há nada a reparar na decisão agravada, que se mantém pelos seus próprios fundamentos (fls. 406/410):

"Conforme se pode depreender, em momento algum dos presentes autos, a questão da possibilidade ou não da qualificadora da asfixia ser novamente incluída na acusação foi, sequer, suscitada, quanto mais decidida.

O acórdão, que agora tem a impetração como o coator, limitou-se a entender ter havido julgamento contrário à prova dos autos, remetendo novamente o caso a Júri Popular, nos termos da originária acusação, é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dizer, conforme previsto na pronúncia (fls. 86/89) e no libelo (fls. 121/124).

Veja-se que, após esse acórdão, que foi o segundo, não houve nem oposição de embargos declaratórios, suscitando o tema.

E mais, realizado o terceiro Júri, foi interposta apelação pela defesa, sem também nada dizer sobre a questão, limitando-se, como visto, a deduzir outros temas. Proferido acórdão, transitou em julgado.

Nesse contexto, não vejo como a matéria possa merecer conhecimento, nesta sede, depois de tudo o que ocorreu, não só pela preclusão do assunto, conforme a súmula 713 do Supremo Tribunal Federal (*O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição*), que poderia ter sido suscitado em diversos momentos e não o foi, mas também, e principalmente, porque o Tribunal de origem sobre ele não se manifestou, em momento algum, o que impede esta Corte de emitir qualquer pronunciamento, sob pena de supressão de instância.

Note-se que, entender de outro modo, é conceber que o Superior Tribunal de Justiça reveja decisão de primeiro grau, em evidente afronta ao art. 105, inciso I, letra "c" da Constituição Federal. Haveria um indevido *per saltum* de jurisdição.

Nesse sentido, já decidi caso análogo:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE NA QUESITAÇÃO. TESE NÃO SUSCITADA NA APELAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. MATÉRIA NÃO ARGUIDA NA SESSÃO PLENÁRIA. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

1. Se as nulidades ora suscitadas não foram examinadas expressamente pelo Tribunal de origem, não sendo objeto da apelação, não podem ser enfrentadas por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

2. As nulidades ocorridas em plenário do Tribunal do Júri devem ser arguidas na sessão de julgamento e constarem da respectiva ata, sob pena de preclusão, a teor do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal.

3. Ordem denegada.

(HC 78.652/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 09/03/2011)

Assim também:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, ROUBO CIRCUNSTANCIADO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR, ESTUPRO E QUADRILHA ARMADA. CONDENAÇÃO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE QUADRILHA. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA.

1. Não comporta conhecimento a impetração, na medida em que o Tribunal a quo não se manifestou acerca da matéria suscitada em suas razões. O exame das alegações, nessa oportunidade, configuraria vedada supressão de instância.

2. A despeito da orientação desta Corte no sentido de ser possível, na via do habeas corpus, conhecer de matéria não apreciada pelo acórdão proferido em apelação criminal, dado o efeito devolutivo amplo desse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recurso, o mesmo entendimento não se aplica à apelação interposta contra decisão proveniente do Tribunal do Júri, uma vez que, a teor do enunciado n.º 713 da Súmula do Excelso Pretório, "O efeito devolutivo da apelação contra decisões do Júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição." Precedentes.

3. Habeas corpus não conhecido.

(HC 121.365/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 17/12/2010)

Ante o exposto, manifestamente incabível o presente pedido, nego-lhe seguimento, a teor do disposto no art. 34, XVIII do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça."

Note-se que tem arrimo o *decisum* em súmula do Supremo Tribunal Federal e em jurisprudência desta Corte, além do que, como visto, é óbice intransponível ao conhecimento da súplica a regra de competência constitucional.

Ante o exposto, recebo os embargos declaratórios como agravo regimental e nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0035615-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 100.472 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10927613 195 2331973 27991 3379673 399
5260119950043893

EM MESA JULGADO: 17/05/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : CLÁUDIO AMAURI BÁRRIOS
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : AURÉLIO DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : AURÉLIO DA SILVA
ADVOGADO : CLÁUDIO AMAURI BARRIOS
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e lhe negou provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP) e Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.