

Embargos de Declaração n. 0000665-79.2014.8.24.0002/50000, de Anchieta
Relator: Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NÃO CABIMENTO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO FEDERAL PELA POSSIBILIDADE DO IMEDIATO CUMPRIMENTO NA REPRIMENDA, APÓS O ESGOTAMENTO DA MATÉRIA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA, MESMO NOS CASOS EM QUE APLICADAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. MATÉRIA AMPLAMENTE ANALISADA E DISCUTIDA NO VOTO. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA NÃO OBRIGATÓRIA. HIPÓTESES DO ARTIGO 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO VERIFICADAS. ACLARATÓRIOS REJEITADOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração n. 0000665-79.2014.8.24.0002/50000, da comarca de Anchieta Vara Única em que é Embargante I. R. P. e Embargado M. P. do E. de S. C. .

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, pela rejeição dos embargos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Schweitzer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Antônio Zoldan da Veiga.

Compareceu à sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 9 de maio de 2019.

Luiz Neri Oliveira de Souza
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração opostos por I. R. P., através de seus advogados constituídos, em face do acórdão de fls. 452/453 proferido por esta Câmara que, por votação unânime, conheceu em parte do recurso de apelação por si interposto e negou provimento, determinando, de ofício, o imediato cumprimento da pena imposta.

Aduz, para tanto, a indispensabilidade da concessão de efeito suspensivo aos embargos, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC, com a finalidade de obstar a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas. Sustenta que, nos termos do artigo 147 da LEP, as penas substitutivas somente podem ser executadas após o trânsito em julgado da sentença e não simplesmente após o esgotamento da jurisdição ordinária.

Disse haver omissão, na medida em que a tese de aplicação do artigo 17 do Código Penal não restou analisada, bem como a impossibilidade de caracterização do crime de injúria racial em face de pessoa que não possui a pele preta.

Requeru, assim, a concessão de efeito suspensivo, o saneamento da apontada omissão, bem como prequestionou os artigos 564, IV, do CPP e artigos 1º, 17 e 140, §3º, todos do Código Penal (fls. 1/16).

Este é o relatório.

VOTO

A pretensão recursal não comporta acolhimento, posto dela se ausentar qualquer dos pressupostos indispensáveis à sua possibilidade de êxito.

Por força do preceituado no art. 619 do Código de Processo Penal, a parte pode opor embargos de declaração contra os acórdãos que incorrerem em ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

Como se extrai da doutrina de Guilherme de Souza Nucci: *"Os embargos de declaração não tem o caráter de reavaliação da valoração feita aos fatos, nem tampouco das provas. Trata-se de recurso exclusivo para situações excepcionais, quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão"* (Código de Processo Penal Comentado. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.1270).

E, acerca dos pressupostos essenciais à possibilidade jurídica dos aclaratórios, leciona Renato Brasileiro de Lima:

Funcionam os embargos de declaração como instrumento de impugnação posto à disposição das partes visando à integração das decisões judiciais, sejam elas decisões interlocutórias, sentenças ou acórdãos. No âmbito do CPP, são cabíveis quando a decisão impugnada estiver eivada de: **a) ambiguidade:** ocorre quando a decisão, em qualquer ponto, permite duas ou mais interpretações [...] **b) obscuridade:** ocorre quando não há clareza na redação da decisão judicial, de modo que não é possível que se saiba, com certeza absoluta, qual é o entendimento exposto na decisão; **c) contradição:** ocorre quando afirmações constantes da decisão são opostas entre si [...] **d) omissão:** ocorre quando a decisão judicial deixa de apreciar ponto relevante acerca da controvérsia (Manual de Processo Penal. 4. ed. JusPodivm, 2016, p. 1714 – grifos no original).

Pois bem.

Inicialmente, pretende o embargante a concessão de efeito suspensivo aos embargos, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC, com a finalidade de obstar a execução provisória das penas restritivas de direitos impostas, visto que tal proceder viola a presunção de inocência e o disposto no artigo 147 da LEP.

Contudo, apesar dos bem lançados argumentos, inexistente qualquer omissão, contradição, obscuridade ou ambiguidade no ponto sob ataque. Em verdade, o que se vê é um mero inconformismo por parte da embargante ao se deparar com a execução provisória da reprimenda "batendo à porta", depois de anos respondendo em liberdade a processo pelo qual restou condenada em primeiro e segundo grau.

Embora o tema ainda sofra debates, existindo decisões contrárias à possibilidade de execução provisória da pena quando de trata de restritivas de direitos, o entendimento que determina a adoção das providências necessárias para o imediato cumprimento da pena vem prevalecendo na jurisprudência, porquanto não há qualquer violação aos preceitos constitucionais.

Não se desconhece que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento diverso ao aqui exposto, sustentando que a decisão paradigma do STF pela execução provisória da reprimenda se referia somente ao cumprimento de penas privativas de liberdade e, assim, aplica o teor do disposto no artigo 147 da Lei n. 7.210/84.

Contudo, a Suprema Corte já afirmou e reafirmou em diversos julgados de que em momento algum restringiu a execução provisória a esses casos, assim como não há qualquer violação ao princípio constitucional da presunção de inocência, mormente face à impossibilidade de rediscussão das matérias fáticas nas instâncias Superiores.

A propósito, menciona-se:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. PRECEDENTES (ARE 964.246-RG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, TEMA 925).

1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao apreciar o ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, reconheceu a Repercussão Geral da matéria e entendeu pela possibilidade de execução da decisão penal condenatória proferida em 2ª Instância, ainda que sujeita a eventual interposição de Recurso Especial ou Recurso Extraordinário, sem que fosse possível cogitar de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

2. Esta CORTE não restringiu o alcance da decisão apenas aos condenados às penas privativas de liberdade não substituídas, mas sim possibilitou que todos os condenados, indistintamente, sejam aqueles condenados a penas privativas de liberdade ou a penas restritivas de direitos, passassem a cumprir a pena após o julgamento da 2ª Instância.

3. Agravo Regimental provido. (STF, RE 1183941 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, j. em 2-4-2019, DIVULG 26-4-2019 PUBLIC 29-4-2019).

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e Processual Penal. 3. Delito descrito no artigo 7º, inciso VII, da Lei 8.137/1990. Crime contra as relações de consumo. 4. Paciente condenado a duas penas restritivas de direitos. 5. Recurso especial com agravo transitado em julgado pelo STJ. 6. Recurso extraordinário transitado em julgado pelo STF. 7. Ausência de violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. 8. Inexistência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade. 9. Possibilidade de execução das penas restritivas de direitos. 10. Agravo regimental desprovido. (STF, HC 150150 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 8-2-2019, DIVULG 13-2-2019 PUBLIC 14-2-2019).

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em julgamento 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 (HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, DJe 17.5.2016). Ressalva de entendimento desta Relatora.

2. Orientação reafirmada por este Supremo Tribunal Federal, ao indeferir as medidas cautelares requeridas nas ADC's 43 e 44, em que pretendida, ao argumento da inconstitucionalidade do art. 283 do CPP, a suspensão das execuções provisórias da condenação confirmada em 2º grau.

3. Ratificação da jurisprudência da Casa, ao julgamento do ARE 964.246-RG/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual, DJe 25.11.2016, sob a sistemática da repercussão geral, nos seguintes termos: a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, 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.

4. O entendimento firmado não se restringiu aos réus condenados a penas privativas de liberdade, alcançando também aqueles cujas penas corporais tenham sido substituídas por restritivas de direitos. Precedentes.

5. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, HC 143041 AgR, Rel. Mina. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. em 6-11-2018, DIVULG

14-11-2018 PUBLIC 16-11-2018).

Logo, tratando-se de pura rediscussão de matéria exposta de forma clara e fundamentada no voto embargado, não há de se acolher do pleito.

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO QUE AFASTOU A PRELIMINAR ARGUIDA. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO QUE FUNDAMENTOU A RAZÃO PELA QUAL EFETUOU O AFASTAMENTO DA PREFACIAL. PLEITO DE SUSPENSÃO DO CUMPRIMENTO IMEDIATO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA INVIÁVEL. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL E PRINCÍPIOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 619 DO CPP. EMBARGOS REJEITADOS. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0001114-17.2017.8.24.0007, de Biguaçu, rel. Des. José Everaldo Silva, Quarta Câmara Criminal, j. 2-5-2019).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (ART. 155, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ALEGADA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO INDIRETA AO ACÓRDÃO. PRETENSÃO DE MANIFESTAÇÃO SOBRE MATÉRIA QUE PODERIA SER ANALISADA DE OFÍCIO. TESE NÃO ARGUIDA NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. "É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da oposição de embargos de declaração" (Superior Tribunal de Justiça, EDcl no HC n. 288.875/MG, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 3/2/2015). (TJSC - Embargos de Declaração n. 0050585-90.2013.8.24.0023, da Capital, Terceira Câmara Criminal, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 24-01-2017). PEDIDO DE SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. NÃO ACOLHIMENTO. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO IMEDIATO DA PENA FEITA NOS TERMOS DA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP). ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. EMBARGOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESTA EXTENSÃO, REJEITADOS. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0029832-83.2011.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 4-12-2018).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. ALEGADA OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. VÍCIO NÃO VERIFICADO. NÍTIDA PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA JULGADA. ARTIGO 619 DO CPP. HIPÓTESES AUSENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. -

Por serem os embargos aclaratórios um recurso de fundamentação vinculada, o seu efeito devolutivo é restrito à argumentação relativa à existência dos vícios previstos no art. 619 do CPP, razão pela qual não é permitida a apresentação de argumentos outros tendentes à rediscussão ou alteração do julgado (ainda que para fins de prequestionamento). - Os embargos de declaração, de destinação processual específica, não são meio próprio para deduzir pleito de suspensão da ordem de execução provisória da pena. Ademais, o cumprimento imediato da condenação após o esgotamento dos recursos dessa instância é o entendimento vigente na jurisprudência pátria. (TJSC, Embargos de Declaração n. 0000524-31.2010.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, Terceira Câmara Criminal, j. 29-10-2018).

De outra feita, no que tange à alegada omissão, ao contrário do que aduziu o embargante, da simples leitura do acórdão embargado pode se observar que a tese de crime impossível foi sim analisada e devidamente afastada, senão vejamos:

"Em igual trilhar, impossível acolher a tese de crime impossível, por não ter o ofendido a pele negra.

Sem maiores digressões, vale dizer que o crime de injúria atinge a honra subjetiva do indivíduo, de modo que as palavras depreciativas alcançam a consciência, as qualidades e o prestígio que a própria pessoa tem de si.

Logo, muito embora a pele do adolescente M. não seja de cor preta, é inegável que a sua dignidade foi atingida, na medida em que se sentiu ofendido ao ser chamado de "pretinho", "neguinho", bem como, quando não compreendia a matéria, de que ele "não negava a raça".

Não se pode olvidar de que o Brasil é um país extremamente miscigenado: há negros descendentes de europeus, brancos afrodescendentes, pardos, mestiços e amarelos advindos de uma grande mistura de povos que vieram para este país e, assim como os que já estavam aqui, merecem todos igual respeito. Sob essa ótica, não causa estranheza que, considerando as características familiares e por ter o adolescente a pele parda e os cabelos negros, se reconheça como tal e, assim, tenha se sentido ofendido pelas palavras depreciativas de cunho racial proferidas pela Ré.

Diante dessas premissas e, estando devidamente comprovado nos autos o crime de injúria (CP, art. 140, §3º) perpetrado pela recorrente, mantém-se incólume o édito condenatório" (fl. 473)

Em outras palavras: o simples fato do adolescente não ter a cor da pele preta não o desqualifica para branco, visto que possui outras características típicas que indicam ser ele pertencente à raça negra. Pelas alegações da Defesa é como se uma pessoa mulata ou parda, que se reconhece e se identifica como

negra não pudesse sofrer injúria racial, pois apesar do cabelo afro (ou não) e da família negra, esta nasceu com a pele mais clara.

O inconformismo, é de se ver, além de absurdo, já foi amplamente rebatido no voto exarado, assim como as provas dos autos já foram devidamente analisadas, culminando na manutenção da condenação operada em primeiro grau, não havendo qualquer omissão à tese de crime impossível.

Por fim, almeja a embargante o pré-questionamento da matéria mencionada. Todavia, imperioso citar que a questão suscitada fora devidamente apreciada por este Colegiado, o que torna inócuo rebater os dispositivos legais e constitucionais suscitados pela embargante para fins de prequestionamento.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, que "ainda que a instância de origem não tenha feito menção expressa aos dispositivos de lei tidos por violados no apelo nobre, é certo que o objeto do recurso foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que indica a devolutividade da matéria a esta Corte Superior de Justiça, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito" (STJ, EDcl nos EDcl no REsp n. 1457131, rel. Min. Jorge Mussi, j. 22-11-2016).

E nos termos do artigo 1.025 do CPC c/c o art. 3º do CPP, para fins de prequestionamento, "a simples provocação do tema, por meio de recurso integrativo, torna prequestionada a matéria, ainda que não haja o Tribunal debatido o tema de forma expressa" (STJ, EDcl no AgRg no REsp n. 1443522, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 18-10-2016).

Nesse sentido, colacionam-se julgados desta Corte:

PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS COM VISTAS À REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA - AUSÊNCIA DE OMISSÃO (CPP, ART. 619) IMPOSSIBILIDADE - INTUITO DE PREQUESTIONAMENTO - QUESTÃO FEDERAL DEVIDAMENTE ANALISADA - DISPOSITIVOS LEGAIS MENCIONADOS NO ACÓRDÃO.

"Ainda que a instância de origem não tenha feito menção expressa aos dispositivos de lei tidos por violados no apelo nobre, é certo que o objeto do recurso foi devidamente deliberado no acórdão recorrido, circunstância que

indica a devolutividade da matéria a esta Corte Superior de Justiça, tendo em vista a ampla admissão do chamado prequestionamento implícito" (STJ, Min. Jorge Mussi). RECURSO DESPROVIDO. (Embargos de Declaração n. 0001185-69.2016.8.24.0034, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 13-3-2018).

E:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS LEGAIS. MANIFESTAÇÃO EXPRESSA. NÃO OBRIGATORIEDADE.

"Para fins de prequestionamento da matéria constitucional, hábil a possibilitar a interposição de recurso extraordinário, orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há longa data, pela desnecessidade de que haja expressa menção, no acórdão recorrido, aos dispositivos constitucionais que a parte entende como violados" (STJ, Embargos de Declaração em Recurso Especial n. 794.100, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 5.12.2006). EMBARGOS REJEITADOS. (Embargos de Declaração n. 0000425-14.2016.8.24.0037, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 14-12-2017).

Logo, inexistentes quaisquer dos apontamentos exigidos pelo artigo 619 do Código de Processo Penal, inviável acatar a pretensão da embargante.

Ante o exposto, voto pela rejeição dos aclaratórios.

Este é o voto.