

21/05/2013

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 680.718 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **JEOVÁ DE MACEDO ARAÚJO**
ADV.(A/S) : **JAQUES DE CAMARGO PENTEADO**
EMBDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTDO.(A/S) : **EVERTON LUIS BATISTA DE ALMEIDA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. RECURSO CRIMINAL. ROUBO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DO PROCESSO, PORQUE NÃO REALIZADO O ATO DE RECONHECIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA APRECIADA À LUZ DA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. CONVERSÃO DOS EMBARGOS EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECEDENTES. RECURSO NO QUAL É SUSTENTADA A OBSERVÂNCIA DO REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL E CUIDAR DE OFENSA DIRETA A PRECEITO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO INSUBSISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Embargos de declaração interpostos contra decisão monocrática, visando o rejulgamento da causa. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido dos embargos de declaração opostos objetivando a reforma da

ARE 680718 ED / SP

decisão do relator, com caráter infringente, como agravo regimental, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011 e a Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011.

2. Agravo regimental no qual o recorrente sustenta ter sido observado o requisito do prequestionamento da matéria constitucional e o fato de a controvérsia estar circunscrita à ocorrência de violação direta e frontal a preceito da Constituição Federal. Alegações insubsistentes, tendo em conta os fundamentos que serviram à prolação do acórdão recorrido e à ausência de manifestação pelo Tribunal de origem das questões arguidas nas razões do recurso extraordinário.

3. O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de declaração.

4. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente, *verbis*: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada” e “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

5. O Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade do prequestionamento como requisito para admissibilidade e conhecimento do extraordinário, ainda que se trate de matéria constitucional. Anotou-se que a antiga e firme jurisprudência desta Corte reputa a exigibilidade do prequestionamento como sendo da própria natureza do recurso extraordinário, que somente é cabível nas causas decididas em única ou última instância e se verificada a presença das hipóteses previstas nas alíneas “a” a “d” do inciso III do artigo 102 da Constituição. Isso porque **o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido, para assentar se o tema constitucional recebeu correta interpretação.** Daí a necessidade de que no julgamento

ARE 680718 ED / SP

impugnado se tenha discutido a questão constitucional ou, se omissa o acórdão, seja este integralizado por meio de embargos declaratórios, possibilitando, assim, fazer a correlação entre o que decidido na origem e o arguido nas razões extraordinárias. Precedentes: Agravo regimental em agravo de instrumento nº 140.623-2/RS e RE nº 210.638/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE (AgRg) nº 567.165, Relator Ministra Ellen Gracie; AI (AgRg) 836.359, relator Ministro Dias Toffoli; RE nº 128.518, relator Ministro Marco Aurélio, *iter alia*.

6. Controvérsia relacionada à inobservância das normas processuais penais que disciplinam os requisitos formais da denúncia, da necessidade de realização do ato processual de reconhecimento (CPP, artigo 226) e da alegação de deficiência de fundamentação da sentença. Matéria afeta à interpretação da legislação ordinária. Eventual violação a preceito constitucional, se houvesse, somente adviria de modo indireto e reflexo.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em converter os embargos de declaração em agravo regimental, vencido, nessa parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, e, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 21 de maio de 2013.

LUIZ FUX – Relator

Documento assinado digitalmente

21/05/2013

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 680.718 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. LUIZ FUX**
EMBTE.(S) : **JEOVÁ DE MACEDO ARAÚJO**
ADV.(A/S) : **JAQUES DE CAMARGO PENTEADO**
EMBDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
INTDO.(A/S) : **EVERTON LUIS BATISTA DE ALMEIDA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A decisão mediante a qual neguei seguimento ao recurso extraordinário com agravo tem o seguinte teor (folhas 606/614):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CRIMINAL. ROUBO. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DO PROCESSO, PORQUE NÃO REALIZADO O ATO DE RECONHECIMENTO PREVISTO NO ARTIGO 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA APRECIADA À LUZ DA MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA A PRECEITO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

1. O prequestionamento explícito da questão constitucional é requisito indispensável à admissão do recurso extraordinário, sendo certo que eventual omissão do acórdão recorrido reclama embargos de declaração.

2. As Súmulas 282 e 356 do STF dispõem, respectivamente,

ARE 680718 ED / SP

verbis: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada' e 'O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento'.

3. O Supremo Tribunal Federal reafirmou a constitucionalidade do prequestionamento como requisito para admissibilidade e conhecimento do extraordinário, ainda que se trate de matéria constitucional. Anotou-se que a antiga e firme jurisprudência desta Corte reputa a exigibilidade do prequestionamento como sendo da própria natureza do recurso extraordinário, que somente é cabível nas causas decididas em única ou última instância e se verificada a presença das hipóteses previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso III do artigo 102 da Constituição. Isto porque **o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido, para assentar se o tema constitucional recebeu correta interpretação.** Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional ou, se omissivo o acórdão, seja este integralizado por meio de embargos declaratórios, possibilitando, assim, fazer a correlação entre o que decidido na origem e o arguido nas razões extraordinárias. Precedentes: Agravo regimental em agravo de instrumento nº 140.623-2/RS e RE nº 210.638/SP, relator Ministro Sepúlveda Pertence; RE (AgRg) nº 567.165, Relator Ministra Ellen Gracie; AI (AgRg) 836.359, relator Ministro Dias Toffoli; RE nº 128.518, relator Ministro Marco Aurélio, *iter alia*.

4. Controvérsia relacionada à inobservância das normas processuais penais que disciplinam os requisitos formais da denúncia, da necessidade de realização do ato processual de reconhecimento (CPP, artigo 226) e da alegação de deficiência de fundamentação da sentença. Matéria afeta à interpretação da legislação ordinária. Eventual violação a preceito constitucional, se houvesse, somente adviria de modo indireto e reflexo.

5. Recurso extraordinário com agravo ao qual se nega seguimento.

ARE 680718 ED / SP

DECISÃO: Trata-se de agravo nos próprios autos contra decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem o seguinte teor (folhas 346/353):

‘A denúncia não é inepta; preenche todos os pressupostos exigidos pelo art. 41 da lei processual e consubstanciada no que até então constava no respectivo inquérito policial; tratando-se de acometimento perpetrado por quatro elementos, seria demasiado exigir-se a perfeição quanto a condutas individuais; por outro lado, na defesa prévia, que não mencionou em que consistia o impedimento ao exercício da ampla defesa, apresenta-se mais, exatamente por ausência de tonicidade, como anotação impediante de futura arguição de preclusão.

(...) Da mesma forma não há criticar-se a r. Sentença que a tudo atendeu; tese alguma relevante deixando de apreciar, por isso desimportante qualquer omissão do relatório.

A afirmação, na r. Sentença, de um fato, evidentemente afasta aquilo que não lhe é compatível, ou, como já assentado, a sentença deve analisar as teses de defesa, a fim de que a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar: se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida como discurso lógico. Não há espaço para itens supérfluos.

(...) Rejeitam-se, pois, as preliminares.

2. Quanto ao mérito, a procedência da pretensão punitiva era de rigor. (...) Comunicado o fato, policiais passaram a efetuar diligências em companhia das vítimas, logrando-se detenção de três pessoas: os réus e um adolescente, imediatamente reconhecidos pelo casal; revistados, foi a res furtivae recuperada.

A imediatidade dos acontecimentos, e o encontro do que roubado com os réus, dispensava, por óbvio, a solenidade do reconhecimento (art. 226, CPP), condicionada à necessidade, valendo lembrar que nos depoimentos prestados naquele

ARE 680718 ED / SP

momento as vítimas dúvida alguma tiveram sobre os detidos.

(...)

Face ao exposto, rejeitadas as preliminares, dão parcial provimento aos apelos defensórios para estabelecer o regime inicial semiaberto, e provimento ao apelo da Justiça Pública para elevar a pecuniária a 15 (quinze) dias multa, expedindo-se mandados de prisão oportunamente, condicionados ao trânsito em julgado, tudo nos termos do acórdão'.

Nas razões do recurso extraordinário, JEOVÁ DE MACEDO ARAÚJO alegou violação aos arts. 5º, LIV e LV, LVII, LXIII, e 93, IX, da CF. Sustentou, em síntese, que: *a*) houve inépcia da denúncia que não teria descrito adequadamente a conduta delituosa que lhe fora atribuída; *b*) ausência de fundamentação adequada da decisão condenatória; *c*) nulidade no reconhecimento pessoal do réu, que na verdade não teria participação no delito; *d*) que o direito constitucional ao silêncio teria sido usado contra o réu; *e*) indevido encargo probatório à defesa, a quem foi incumbido o ônus de provar a inocência do acusado, quando caberia ao órgão acusador provar sua culpa.

O apelo extremo, com capítulo destacado de repercussão geral da matéria constitucional, teve o seu seguimento obstado na origem sob o fundamento da falta de questão constitucional a ser apreciada.

É o relatório. **DECIDO.**

O agravo não merece prosperar.

Ab initio, a repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se inexistente questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).

Na espécie, verifico o fato de não estar preenchido o requisito da prequestionamento da matéria constitucional ventilada na razões do extraordinário, pois, como acima demonstrado, a matéria não foi debatida no acórdão recorrido,

ARE 680718 ED / SP

porque não suscitada no momento processual oportuno. Incide, por isso, o óbice da Súmula 282/STF: *'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'*.

A respeito da necessária observância do requisito do prequestionamento, é importante destacar o que afirmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 140.623-2/RS, acórdão publicado no Diário da Justiça de 19 de setembro de 1992, quando o Ministro Sepúlveda Pertence, relator, frisou:

'Ora, o fato de não estar explícito na Constituição, não afeta a exigibilidade do prequestionamento como pressuposto do recurso extraordinário. Antiga e firme jurisprudência desta Corte o reputa da própria natureza do recurso extraordinário. Ao julgá-lo, o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido e verifica se nele a regra de direito recebeu boa ou má aplicação. Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional posta no extraordinário' (g.n.)

Também não prosperaria a tese da indispensabilidade do requisito do prequestionamento para conhecimento do extraordinário, sob alegação de ter-se em conta matéria de ordem pública. A jurisprudência assente nesta Corte, contudo, não autorizaria a pretensão, consoante os julgados a seguir transcritos:

'EMENTA: Trabalhista. Agravo regimental em agravo de instrumento. IPC de junho de 1987. URP de fevereiro de 1989. Limitação à data-base subsequente. Título exequendo. Art. 114 da CF. Ausência de prequestionamento. Matéria de ordem pública. Súmulas STF 282 e 356.

1. A ausência de prequestionamento do dispositivo constitucional tido como violado, porque não abordado pelo

ARE 680718 ED / SP

acórdão recorrido e, embora suscitado nos embargos de declaração a ele opostos, não foi apontado oportunamente na ocasião em que foram apresentadas as contra-razões ao recurso ordinário. Súmulas 282 e 356.

2. Exigência do cumprimento desse requisito recursal, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido'

(RE 567.165-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 22.10.2010).

'Ementa: Agravo regimental no agravo de instrumento. Prequestionamento. Ausência. Matéria de ordem pública. Necessidade. Precedentes. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando o dispositivo constitucional que nele se alega violado não está devidamente prequestionado. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 2. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, mesmo em se tratando de matéria de ordem pública, é necessário o seu exame na instância de origem para que se viabilize o recurso extraordinário. 3. Agravo regimental não provido'. (AI 836.359-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 1º.02.2012).

No mesmo sentido são os seguintes julgados: RE (Agr) nº 449.137/RS, rel. Min. Eros Grau, DJe de 04.04.2008; AI (Agr) nº 706.449/SC, rel. Min. Menezes Direito, DJe 07.11.2008; AI(AgR) 631.711/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 21.11.2008; AI (AgR) nº 663.687/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 20.02.2009, *iter alia*.

Registro que no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Extraordinário nº 96.802, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 109/299, passou pelo crivo do Plenário desta Corte o exame da alegação de inconstitucionalidade do enunciado da Súmula 282/STF. O Ministro Alfredo Buzaid, relator, recordou à Corte que a ideia de prequestionamento tem suas raízes na Lei Judiciária norte-

ARE 680718 ED / SP

americana de 24.09.1789, *in verbis*:

‘(...) A doutrina prevalecente nos Estados Unidos, é que a questão federal tenha sido suscitada e resolvida pelo Tribunal do Estado. Não basta, pois, alegá-la no writ of error. É o que ainda ensina Cooley: ‘Mas para autorizar a reforma sobre aquela Lei (Lei Judiciária de 1789), força é que conste dos autos, ou expressamente ou por manifestação clara e necessária, que qualquer uma das questões enumeradas tenha surgido no tribunal do Estado e aí foi rejeitada’. A doutrina brasileira, invocando precisamente a seção nº 25 da Lei Judiciária, nunca hesitou em consagrar tal orientação’ (cf. Pedro Lessa, in “Do Poder Judiciário”, p. 101; Matos Peixoto, Recurso extraordinário, página 89 e seguintes).

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na presente ordem constitucional, ao julgamento o Recurso Extraordinário nº 128.518, relator Ministro Marco Aurélio, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência 135/413, pontificou:

‘A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser está na necessidade de proceder a cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo legal. Diz-se prequestionado determinado tema quando o órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito, contando a parte sequiosa de ver o processo guindado a sede extraordinário com remédio legal para compeli-lo a tanto – os embargos declaratórios...’

Outro não foi o entendimento da Corte, quando afirmou a constitucionalidade da exigência do prequestionamento como requisito de admissibilidade do extraordinário no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 140.632/RS, de que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão publicado no DJ de 18.09.1992. Aliás, Sua Excelência, sendo relator do Recurso Extraordinário nº 210.638-1/SP julgado

ARE 680718 ED / SP

na sessão de 14 de abril de 1998, assim pontificou sobre a indispensabilidade da interposição de embargos de declaração visando suprir omissão verificada no acórdão recorrido, *in verbis*:

'(...) A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual 'não foram opostos embargos declaratórios'. Mas, se opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte. Não desconheço opiniões em contrário no Tribunal (cf, RE 208.639, Informativo STF nº 78). Estou, porém, data vênua, em que reclamar ainda aqui a interposição de recurso extraordinário para, reconhecida a nulidade do acórdão que se negou a completar a decisão, compelir a tanto o Tribunal a quo para só depois admitir o recurso de mérito é formalismo incompatível com a instrumentalidade, a economia e, de consequência, a efetividade do processo, cuja inadequação sob de ponto em tempos de congestionamento da Justiça como o que vivemos'.

Dessume-se, também a partir da leitura do acórdão recorrido, que a a controvérsia foi dirimida pelas instâncias judiciárias ordinárias a partir da análise das provas coligidas para o processo-crime e da interpretação da legislação ordinária. Ora, a violação a preceito constitucional que autoriza o conhecimento do extraordinário há de ser direta e frontal, não podendo ser acolhida alegação que se funda na má interpretação da legislação infraconstitucional, pois, em hipóteses assim, somente chegar-se-á à conclusão de vulneração à Constituição a partir do acerto quanto à existência de negativa de vigência à lei federal e, como anotado na jurisprudência desta Corte, não se há de prosperar o argumento de que se trata de questão constitucional, *'só porque se invoca lei ordinária que regula matéria prevista na Constituição, porquanto, a argumentar-se assim, todas as matérias reguladas em lei ordinária como desdobramento de princípios gerais contidos na Constituição seriam de ordem constitucional'* (RE nº 72.959, relator

ARE 680718 ED / SP

Ministro Luiz Gallotti, publicado na RTJ 60/294) e, *'se para provar a contrariedade à Constituição tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta conta para a admissibilidade do recurso extraordinário'* (RE 92.264, relator Ministro Décio Miranda, acórdão publicado na RTJ 94/462).

Neste mesmo sentido são os seguintes precedentes: RE 596.682, relator Ministro Carlos Britto, DJe de 21.10.10; AI 808.361, relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 08.09.10; AI 804.854 (Agr), relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.11.2010; AI 756.336 (Agr), relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 22.10.2010, *iter alia*.

Ex positis, com base no artigo 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, combinado com o artigo 38 da Lei nº 8.038/90, nego seguimento ao recurso extraordinário com agravo."

Nas razões dos embargos de declaração (folhas 623/626), o recorrente sustenta a existência de vícios no julgado, no que concerne à exigência de prequestionamento explícito da matéria constitucional, pois, segundo afirma, o tema foi amplamente discutido nas razões e nas contrarrazões de apelação. Argumenta que desde a apresentação de defesa prévia vem sendo arguida a violação às garantias constitucionais previstas nos artigos 5º, LIV, LV, LVII, LXII, e 93, IX, da Constituição Federal, preceitos que teriam sido frontalmente violados e impediram o exercício da plena defesa.

O recorrente realça ter o acórdão recorrido considerado o silêncio do acusado como motivo suficiente para a incriminação, convertendo à defesa o ônus de prova da inocência do réu. Desse modo, assim como posta a questão, não se fazia necessária a interposição de embargos declaratórios, haja vista que o acórdão recorrido tratou especificamente dos temas acima mencionados. Assim, ao contrário do que foi assentado na decisão ora recorrida, está preenchido o requisito do prequestionamento, e a ofensa a preceito da Constituição Federal se deu de modo direto e frontal. Assevera, por fim, ser omissa a decisão quanto

ARE 680718 ED / SP

aos temas relacionados com o direito do acusado ao silêncio, sem que isto implique inversão do ônus da prova do órgão da acusação, presente o princípio da presunção de não culpabilidade.

Pede o acolhimento dos embargos declaratórios, para que seja provido o agravo e, admitido o recurso extraordinário, seja ele provido.

É o relatório.

21/05/2013

PRIMEIRA TURMA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 680.718 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Preliminarmente, anoto que, consoante se verifica das razões dos embargos declaratórios, é evidente a pretensão de ver reformada a decisão monocrática proferida às folhas 606/614.

Em casos como o da espécie, o Supremo Tribunal Federal tem conhecido dos embargos de declaração opostos objetivando a reforma da decisão do relator, com caráter infringente, como agravo regimental, por força do princípio da fungibilidade. Precedentes: Rcl 11.022-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 7.4.2011; AI 547.827-ED, rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJ 9.3.2011; RE 546.525-ED, rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 5.4.2011 e a Pet 4.837-ED, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJ 14.3.2011, este último, assim ementado:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA PETIÇÃO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. O CONTROLE ABSTRATO DE LEI OU DE ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO NÃO PODE SER O OBJETO PRINCIPAL DA AÇÃO ORIGINÁRIA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. “

Destarte, converto os embargos de declaração em agravo regimental, e passo a apreciá-lo.

As alegações do recorrente são insubsistentes. O acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que tem o seguinte teor (folhas 346/353):

ARE 680718 ED / SP

“A denúncia não é inepta; preenche todos os pressupostos exigidos pelo art. 41 da lei processual e consubstanciada no que até então constava no respectivo inquérito policial; tratando-se de acometimento perpetrado por quatro elementos, seria demasiado exigir-se a perfeição quanto a condutas individuais; por outro lado, na defesa prévia, que não mencionou em que consistia o impedimento ao exercício da ampla defesa, apresenta-se mais, exatamente por ausência de tonicidade, como anotação impeditiva de futura arguição de preclusão.

(...) Da mesma forma não há criticar-se a r. Sentença que a tudo atendeu; tese alguma relevante deixando de apreciar, por isso desimportante qualquer omissão do relatório.

A afirmação, na r. Sentença, de um fato, evidentemente afasta aquilo que não lhe é compatível, ou, como já assentado, a sentença deve analisar as teses de defesa, a fim de que a prestação jurisdicional ser exaustiva. Urge, todavia, ponderar: se o julgado encerra conclusão inconciliável com a referida tese, desnecessário fazê-lo expressamente. A sentença precisa ser lida como discurso lógico. Não há espaço para itens supérfluos.

(...) Rejeitam-se, pois, as preliminares.

2. Quanto ao mérito, a procedência da pretensão punitiva era de rigor. (...) Comunicado o fato, policiais passaram a efetuar diligências em companhia das vítimas, logrando-se detenção de três pessoas: os réus e um adolescente, imediatamente reconhecidos pelo casal; revistados, foi a res furtiva e recuperada.

A imediatidade dos acontecimentos, e o encontro do que roubado com os réus, dispensava, por óbvio, a solenidade do reconhecimento (art. 226, CPP), condicionada à necessidade, valendo lembrar que nos depoimentos prestados naquele momento as vítimas duvida alguma tiveram sobre os detidos.

(...)

Face ao exposto, rejeitadas as preliminares, dão parcial provimento aos apelos defensórios para estabelecer o regime inicial semiaberto, e provimento ao apelo da Justiça Pública para elevar a pecuniária a 15 (quinze) dias multa, expedindo-se

ARE 680718 ED / SP

mandados de prisão oportunamente, condicionados ao trânsito em julgado, tudo nos termos do acórdão”.

A par da efetiva ausência de prequestionamento da matéria constitucional (Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal), deduz-se, também a partir da leitura do acórdão recorrido, que a controvérsia foi dirimida pelas instâncias judiciais ordinárias a partir da análise das provas coligadas para o processo-crime e da interpretação da legislação ordinária. Ora, a violação a preceito constitucional que autoriza o conhecimento do extraordinário há de ser direta e frontal, não podendo ser acolhida alegação que se funda na má interpretação da legislação infraconstitucional, pois, em hipóteses assim, somente chegar-se-á à conclusão de vulneração à Constituição a partir do acerto quanto à existência de negativa de vigência à lei federal e, como anotado na jurisprudência desta Corte, não se há de prosperar o argumento de que se trata de questão constitucional, *“só porque se invoca lei ordinária que regula matéria prevista na Constituição, porquanto, a argumentar-se assim, todas as matérias reguladas em lei ordinária como desdobramento de princípios gerais contidos na Constituição seriam de ordem constitucional”* (RE nº 72.959, relator Ministro Luiz Gallotti, publicado na RTJ 60/294) e, *“se para provar a contrariedade à Constituição tem-se, antes, de demonstrar a ofensa à lei ordinária, é esta conta para a admissibilidade do recurso extraordinário”* (RE 92.264, relator Ministro Décio Miranda, acórdão publicado na RTJ 94/462).

Neste mesmo sentido são os seguintes precedentes: RE 596.682, relator Ministro Carlos Britto, DJe de 21.10.10; AI 808.361, relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 08.09.10; AI 804.854 (Agr), relatora Ministra Cármen Lúcia, DJe de 24.11.2010; AI 756.336 (Agr), relatora Ministra Ellen Gracie, DJe de 22.10.2010, *iter alia*.

Ex positis, nego provimento ao agravo regimental.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 680.718

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. LUIZ FUX

EMBTE.(S) : JEOVÁ DE MACEDO ARAÚJO

ADV.(A/S) : JAQUES DE CAMARGO PENTEADO

EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

INTDO.(A/S) : EVERTON LUIS BATISTA DE ALMEIDA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: Por maioria de votos, a Turma converteu os embargos de declaração em agravo regimental, vencido, nessa parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. 1ª Turma, 21.5.2013.

Presidência do Senhor Ministro Luiz Fux. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli e Rosa Weber. Compareceu o Senhor Ministro Teori Zavascki para julgar processos a ele vinculados.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma