



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000375282

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Criminal nº 1500898-93.2023.8.26.0272/50000, da Comarca de Itapira, em que é embargante JOSÉ RAFAEL DOS SANTOS FUSCO, é embargado COLENDIA 12ª CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **conheceram dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeitaram, mantendo o julgado na forma como prolatado V.U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores VICO MAÑAS (Presidente sem voto), AMABLE LOPEZ SOTO E SÉRGIO MAZINA MARTINS.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator

Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração Criminal nº 1500898-93.2023.8.26.0272/50000

Apelante: José Rafael dos Santos Fusco

Apelado: Colenda 12ª Câmara de Direito Criminal

Comarca: Itapira

Nome do (a) Juiz (a) prolator(a) da sentença: Helia Regina Pichotano

Voto nº 11542

EMENTA: DIREITO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. REJEIÇÃO.

I. Caso em Exame

1. José Rafael dos Santos Fusco teve seu recurso de apelação parcialmente provido para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se a pena de um ano e oito meses de reclusão em regime inicial aberto, além de multa, por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. O sentenciado opôs embargos de declaração alegando omissões no acórdão, visando prequestionamento de matéria.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão que justifique a oposição de embargos de declaração.

III. Razões de Decidir

3. Os embargos de declaração são cabíveis apenas para esclarecer ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, conforme artigo 619 do Código de Processo Penal.

4. No caso, o acórdão não apresenta os vícios alegados, tendo resolvido a controvérsia com base na jurisprudência e nos fatos apresentados.

IV. Dispositivo e Tese

5. Embargos de declaração rejeitados.

Tese de julgamento:

1. Embargos de declaração não são cabíveis para rediscutir matéria já decidida.

2. Ausência de vícios no acórdão que justifiquem a modificação do julgado.

Legislação Citada:

CPP, art. 619; CF/1988, art. 144, § 8º; Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º.

Jurisprudência Citada:

STJ, ED no REsp 437.380, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.04.05; TJPR, RT 622/309.

Através do v. acórdão constante das folhas 333/356 dos autos principais, foram rejeitadas as matérias preliminares arguidas pela Defesa de José Rafael dos Santos Fusco e o recurso de apelação do sentenciado José Rafael dos Santos Fusco foi parcialmente provido: *“apenas, para reconhecer a atenuante da confissão espontânea, mantendo-se as penas de um (01) ano e oito (08) meses de reclusão, mantido o regime inicial aberto, além do pagamento de cento e sessenta e seis (166) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por infração ao artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, mantida, também, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade em entidade a ser designada pelo juízo da execução e limitação de final de semana, pelo prazo da condenação, assim como constou da sentença de primeiro grau de jurisdição V.U.”*.

Inconformado, o sentenciado José Rafael dos Santos Fusco opôs os embargos de declaração com efeitos infringentes e prequestionadores da matéria constantes das folhas 01/04 do incidente próprio, visando sanar a omissão no acórdão. Sustenta que houve nítida e clara ofensa aos artigos: a) violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório; b) ausência de fundamentação idônea no acórdão; c) ausência de enfrentamento técnico das teses defensiva e d) ausência de enfrentamento técnico da tese de absolvição ou desclassificação para o consumo pessoal, requerendo que sejam aclarados os pontos suscitados como omissos.

É o relatório.

Conheço dos embargos, já que tempestivos, contudo, no mérito os rejeito.

Com efeito, dispõe o artigo 619 do Código de Processo Penal:

- "Aos acórdãos proferidos pelos Tribunais de Apelação, câmaras ou turmas, poderão ser opostos embargos de declaração, no prazo de dois dias contados de sua publicação, quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão".

No caso presente, não incide ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão.

É lição de Júlio Fabrini Mirabete, de que *"a finalidade dos embargos de declaração é apenas a de esclarecer, tornar claro o acórdão proferido, sem modificar a substância, não se admitem, por serem impróprios, aqueles em que, ao invés de reclamar o deslinde de contradição, o preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, se pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, para modificá-lo em sua essência ou substância. Assim, não é possível, em embargos de declaração, alterar, mudar ou aumentar o julgamento..."* (Código de Processo Penal Interpretado, Editora Atlas, 5ª Edição, página 796).

Nesse sentido já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"Embargos de declaração, interposição visando à modificação do acórdão. Inadmissibilidade. Recurso que se presta somente a corrigir ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão na decisão. Aplicação do art. 619 do CPP" (RT 670/337).";

"Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do Código de Processo Civil" (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20.04.05, não conheceram, v.u., DJU 23.05.05)".

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

"-Rejeitam-se os embargos declaratórios, por serem considerados impróprios, se o embargante, ao invés de

reclamar o dirime de contradição, preenchimento de omissão ou explicação de parte obscura ou ambígua do julgado, pretende rediscutir questão que nele ficou claramente decidida, em busca de modificá-lo em sua essência ou substância (RT 622/309).".

Nesse contexto e como na própria petição de oposição dos embargos o sentenciado deixa claro que o que se pretende é o prequestionamento de matéria já decidida no v. acórdão, não há como se acolher a pretensão, pois o prequestionamento também se condiciona à existência de efetiva ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, o que não se faz presente no julgado que se pretende a modificação.

Este é o entendimento das Cortes Superiores e deste Tribunal:

- "(...) 1. Os embargos de declaração têm âmbito de cognição restrito às hipóteses do artigo 619 do Código de Processo Penal, quais sejam, a ambiguidade, a contradição, a omissão ou a obscuridade da decisão atacada. 2. Se o acórdão resolveu a controvérsia trazida, exaurindo a prestação jurisdicional com suporte na reiterada jurisprudência desta Corte e decidindo a causa nos limites do pedido, não se pode conceber a existência de vícios ensejadores da oposição de embargos (...) (EDel no HC 108.293/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.03.2011);
- "No que tange ao prequestionamento, melhor sorte não socorre ao embargante. É que tal pretensão só é cabível quando viável a interposição dos embargos, o que não se apresenta no caso em tela, já que ausente o vício alegado pelo recorrente" (ED em ACrim nº 2010.029271-4/0001.00, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 17.5.2012).

Ademais, é certo que no corpo do v. acórdão é de fácil verificação o fato de que não houve qualquer omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade. Constou do acórdão nas folhas 337/350 a rejeição das preliminares arguidas pela Defesa de José Rafael dos Santos Fusco, pois não ocorreram as apontadas nulidades do processo. Os guardas municipais foram firmes e ofereceram descrições uniformes e consistentes.

Justa causa para a abordagem houve. E está legitimada pelas circunstâncias do caso concreto.

Em razão da ocorrência que culminou na abordagem do acusado, os guardas municipais, que estavam em patrulhamento pelo bairro, quando adentraram na Rua Amazonas, visualizaram o acusado entregando algo para a pessoa de Cleverson Beltesassar Soares, os quais estavam a pé, que ao perceberem a presença da viatura da guarda, tentaram se evadir. Durante a breve perseguição, os guardas viram o réu e Cleverson Beltesassar Soares dispensado entorpecentes no chão, ocasião em que lograram êxito em detê-los.

Durante a abordagem, localizaram em poder do acusado a quantia de dezenove reais (R\$ 19,00), em notas fracionadas, e, em seguida, recuperaram os entorpecentes dispensados pelo réu, ou seja, seis (06) pedras de “crack”, assim como a droga dispensada por Cleverson Beltesassar Soares, ou seja, (uma (01) pedra de “crack”. Indagados, o acusado confessou que estava a vender drogas no local, uma vez que estava desempregado; Cleverson relatou ser usuário de drogas e que realmente estava no local comprando “crack” (folhas 05/06 e 07 dos autos principais), fatos que se apresentam como fundamentos bastante para configurar a suspeita que legitima a busca pessoal, nos moldes do artigo 244, do Código de Processo Penal.

Não há, portanto, qualquer ofensa aos artigos 240, § 2º, e 244, do Código de Processo Penal, pois, como visto, a atuação dos guardas municipais foi lícita e justificada.

Vale ressaltar que, embora o artigo 144, §8º, da Constituição Federal, atribua às guardas municipais o dever de proteção dos bens, serviços e instalações do Município, é certo que lhe compete também zelar pela segurança pública.

Assim, não há razões para que o depoimento dos guardas seja desconsiderado, pois prestaram depoimento na condição de testemunhas compromissadas, devendo aos seus depoimentos ser atribuído o valor devido, mediante o cotejo com as demais provas dos autos.

Não é demais lembrar que, recentemente, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 995/DF, durante o

Plenário Virtual, finalizado em 25/08/2023, o Colendo Supremo Tribunal Federal “[...] conheceu da arguição, convolou o julgamento da medida cautelar em julgamento definitivo da ADPF e, no mérito, julgou procedente a presente ADPF, para, nos termos do artigo 144, § 8º, da CF, conceder interpretação conforme à Constituição ao artigo 4º da Lei 13.022/14 e ao artigo 9º da 13.675/18 declarando inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e constituídas, como integrantes do Sistema de Segurança Pública [...]”. Não havendo que se falar em nulidade.

Com relação a arguida nulidade do feito, por falta de advertência expressa ao direito do réu se manter em silêncio quando abordado pelos policiais militares, acerca de sua conduta, não há que falar em ilegalidades ou inconstitucionalidades na prisão em flagrante.

No que se refere a ausência de informação do direito ao silêncio, não ocorreu.

Todas as garantias constitucionais foram apresentadas e asseguradas ao réu, no auto flagrancial, perante a Autoridade Policial. De logo, adianta-se que o referido direito ao silêncio foi garantido e lido ao paciente perante o Delegado de Polícia, no Distrito Policial, momento correto de oferecimento e garantia de direitos, pois é nesse momento que o indivíduo pode, livremente, oferecer sua versão dos fatos; todas as garantias constitucionais e processuais penais foram asseguradas e claramente apresentadas ao acusado (folha 09 dos autos principais).

Destaca-se que os servidores municipais, quando da abordagem, não interrogaram o acusado formalmente, mas apenas o questionaram o que estaria fazendo naquele local, tendo ele respondido que estaria desempregado e tentava fazer uma renda extra com a venda de entorpecentes (folhas 170/171 dos autos principais).

Ressalta-se, ainda, que não se pode perder de vista que a ilegalidade apontada pela combativa defesa consubstancia mera irregularidade, sendo certo, ainda, que a invalidade por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato (artigo 564, inciso IV, do Código de Processo Penal) é de natureza relativa, ou seja, somente será reconhecida caso demonstrada, pela parte interessada,

a existência de prejuízo, fato este que não ocorreu no caso em exame.

Portanto, a douta defesa não demonstrou, de maneira satisfatória, o prejuízo alegadamente sofrido.

No que se refere a alegada inépcia da denúncia não merece prosperar.

A denúncia foi recebida em 08 de agosto de 2023 (folhas 68/69 dos autos principais).

É certo que a denúncia constante dos autos (folhas 02/03 dos autos principais), ao contrário do alegado, possibilitou a ampla defesa, já que respeitou ao estatuído no artigo 41 do Código de Processo Penal, pois trouxe a exposição dos fatos tidos como criminosos, indicando todas suas circunstâncias, identificou o denunciado, indicou a classificação do crime e trouxe o rol de testemunhas, não havendo se falar, assim, em inépcia da inicial ou em falta de justa causa para a ação penal.

Ademais, é certo que com a prolação da sentença condenatória (folhas 168/173 dos autos principais), o pedido de rejeição da denúncia por falta de justa causa ou reconhecimento de inépcia da inicial restou prejudicado.

Assim, não há se falar em falta de justa causa ou em inépcia da inicial acusatória no atual estágio processual.

Quanto à nulidade arguida pela Defesa, em razão da inexistência da fundamentação de recebimento da denúncia não deve prevalecer.

Como é cediço, a lei nº 11.719/08, também conhecida como "Lei do Processo Penal", promoveu alterações significativas no Código de Processo Penal, visando a agilizar e modernizar o processo, além de buscar maior eficiência na tramitação dos autos e garantir a observância dos direitos fundamentais dos acusados. Uma das principais alterações introduzidas consistiu na possibilidade de absolvição sumária, nas hipóteses em que o Magistrado vislumbrar a hipótese de manifesta atipicidade da conduta apurada, a presença de causas excludentes da ilicitude ou

culpabilidade ou, ainda, a extinção da punibilidade situação em que deverá, por imposição do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, motivadamente fazê-lo, como assim deve ser feito, em regra, em todas as suas decisões. Entretanto, não se exige, para que o preceito constitucional seja atendido, que a motivação seja exaustiva porquanto na hipótese de o Juiz de Direito não se deparar com quaisquer das hipóteses excepcionais elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal, deverá prosseguir com a instrução criminal, devendo externar suas convicções sobre o mérito da ação penal apenas por ocasião da prolação da sentença.

Nesse sentido, impende ressaltar que não convém ao processo penal sobretudo à Defesa, fundamentação complexa nesta etapa, até porque referido ato possui natureza de decisão interlocutória, sendo certo que a antecipação do mérito, além de constitucionalmente vedada, poderia prejudicar eventuais teses defensivas em favor do paciente.

Exatamente por esse motivo, o Colendo Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a motivação acerca das teses defensivas apresentadas por ocasião da defesa preliminar deve ser sucinta, limitando-se à admissibilidade da acusação formulada pelo órgão ministerial, evitando-se, assim, o prejulgamento da demanda.

Dito isto, no caso sub examine, a Douta Autoridade Judicial “a quo”, embora tenha proferido decisão sucinta, pronunciou-se fundamentadamente acerca das alegações defensivas, deixando claro que as teses arguidas não justificavam a rejeição da denúncia ou a absolvição sumária e ressaltando para o momento processual adequado a análise aprofundada acerca das questões atinentes ao mérito da acusação (folha 68 dos autos principais).

Assim, não há se falar em ausência da fundamentação de recebimento da denúncia.

Quanto à nulidade arguida pela Defesa, em razão da quebra de cadeia de custódia em virtude da contaminação das provas pelos guardas municipais.

A lei nº 13.964/2019, como se sabe, incluiu os artigos 158-A a 158-

F no Código de Processo Penal, estabelecendo disciplina normativa acerca da chamada cadeia de custódia que, nos termos da própria definição legal, trata-se do “conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. Nessa perspectiva, embora a novel legislação tenha estabelecido um procedimento detalhado sobre as etapas que integram a cadeia de custódia da prova, não restou disciplinado quais os elementos configuradores da quebra daquela cadeia. Ou seja, não dispôs o legislador sobre o grau e a dimensão de eventuais irregularidades nos procedimentos que pudessem tornar os elementos de prova obtidos imprestáveis diante da não confiabilidade de seus aspectos demonstrativos. Enfrentando a questão de modo inaugural, o Superior Tribunal de Justiça, buscou aclarar as irregularidades na cadeia de custódia, bem como os efeitos jurídicos emergentes. Nesse sentido, assinalou que eventuais vícios não poderiam ser analisados isoladamente, mas sim em conjunto com os demais elementos produzidos ao longo da instrução, cabendo ao magistrado examinar o caso concreto de modo a aferir sobre a confiabilidade da prova.

No caso em apreço, as drogas foram coletadas pelos guardas civis municipais por ocasião da prisão em flagrante do acusado, sendo, em seguida, encaminhadas para a delegacia, onde a autoridade policial determinou a apreensão, cuja formalização é ilustrada pelo auto de exibição e apreensão (folhas 20/21 dos autos principais).

Naquele auto há descrição pormenorizada das substâncias, com a indicação da respectiva natureza, forma de acondicionamento e numeração individualizada de seus lacres. As substâncias apreendidas foram submetidas a exame preliminar de constatação realizado por dois peritos nomeados pela autoridade policial (folhas 18/19 dos autos principais).

O auto, note-se, faz menção ao recebimento de um item para exame pericial, o qual estava acondicionado em invólucro lacrado com a devida numeração correspondente. Também é descrita a metodologia empregada para a detecção do princípio ativo havendo referência às quantidades das substâncias apreendidas. Há expressa menção de que as substâncias se referem ao Boletim de Ocorrência, com a

identificação da autoridade requisitante, o nome do acusado apontado como envolvido e a data do exame. Em seguida, acostou-se aos autos o laudo do exame químico-toxicológico definitivos (folhas 102/104 e 105/107 dos autos principais). Os documentos identificam as peças submetidas à análise, com expressa menção ao recebimento de todo material acondicionado no invólucro plástico lacrado. Há, ademais, descrição pormenorizada do procedimento a que o material apreendido foi submetido quando da confecção do laudo definitivo, destacando que o material remanescente foi armazenado sob a forma de contra perícia. Por fim, os laudos definitivos confirmaram a presença de cocaína nas amostras analisadas, confirmando a apuração preliminar.

Não houve, portanto, violação da cadeia de custódia. O simples fato de a apreensão das substâncias ter sido feita pelos guardas municipais não invalida o resultado da prova. Até mesmo porque, a defesa sequer indicou qual seria a mácula decorrente do procedimento adotado pelos agentes. Desse modo, foram atendidas as formalidades necessárias à preservação dos vestígios desde o encontro das substâncias até a realização dos exames, inexistindo, elementos de adulteração da prova que pudessem comprometer a demonstração da materialidade.

Assim, não há nenhuma nulidade a ser reconhecida no caso presente, pelo que fica afastada a alegação de ilicitude das provas.

Constou, ainda, do acórdão nas folhas 333/356 que os guardas municipais estavam em patrulhamento pelo local dos fatos, conhecido como ponto de tráfico de entorpecentes, quando visualizaram o acusado entregando droga para Cleverson Beltesassar Soares e recebendo deste dinheiro, que ao perceberem a presença da viatura da guarda, o réu e o usuário correram para um terreno, momento que o acusado e Cleverson Beltesassar dispensaram as drogas no chão, mas foram eles detidos em seguida. Indagado, o réu disse que estava desempregado e, por isso, tentava adquirir uma renda extra. Foram apreendidos 0,24 grama de “crack”, disposto em uma (01) pedra e 1,9 gramas de “crack”, dispostos em seis (06) pedras (auto de constatação de folhas 18/19 dos autos principais, auto de exibição e apreensão de folhas 20/21 dos autos principais, e laudos do exame químico toxicológicos de folhas 102/104 e 105/107 dos autos principais).

Constou, também, do acórdão, na folha 353, a resposta à tese subsidiária de desclassificação do crime de tráfico para o do artigo 28 da lei nº 11.343/06: *“Nesse contexto, entendo haver prova mais do que suficiente para a manutenção do édito de rigor, não havendo se falar em insuficiência probatória e em desclassificação para mera posse de droga para uso próprio, pois, inclusive, o réu José Rafael dos Santos Fusco admitiu, na fase policial (folha 09), que estava no local vendendo droga.”*.

Trata-se de tentativa de rediscutir a prova juntada aos autos, que já foi exaustivamente analisada nas folhas 333/356 do acórdão, o que não é cabível embargos de declaração.

Dessa forma, ausentes ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado, não há que se falar em embargos de declaração, pelo que os rejeito.

Ante todo o exposto, conheço dos embargos de declaração opostos e, no mérito, os rejeito, mantendo o julgado na forma como prolatado.

HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA

Relator