



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 466.477 - PE
(2014/0021352-2)**

RELATOR : MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK
EMBARGANTE : DELMIRO DE ARAÚJO BARROS
ADVOGADO : FERNANDO HIDEO IOCHIDA LACERDA E OUTRO(S) -
SP305684
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

EMENTA

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO ANALISADAS. OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. EFEITOS INFRINGENTES. CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. NÃO CABIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do art. 619 do Código de Processo Penal – CPP, e erro material, conforme art. 1.022, III, do Código de Processo Civil – CPC.

2. Demonstrada a hipótese de omissão, diante da procedência do argumento ora analisado, são cabíveis efeitos infringentes.

3. No homicídio duplamente qualificado, a circunstância utilizada para qualificar o delito não pode ser utilizada também para exasperar a pena-base, sob pena de *bis in idem*. Todavia, inexistente óbice para que a qualificadora remanescente possa ser adotada como circunstância judicial desfavorável.

4. São incabíveis embargos de declaração para que o Superior Tribunal de Justiça enfrente matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

5. Embargos declaratórios acolhidos, com efeitos infringentes, para reduzir a exasperação da pena-base, com reflexos na pena definitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de dezembro de 2016(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 466.477 - PE
(2014/0021352-2)**

RELATOR : **MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
EMBARGANTE : DELMIRO DE ARAÚJO BARROS
ADVOGADO : FERNANDO HIDEO IOCHIDA LACERDA E OUTRO(S) -
SP305684
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK:

Trata-se de embargos declaratórios opostos contra o seguinte acórdão desta Turma (fl. 1234):

PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO TENTADO. CONDENAÇÃO. DESAFORAMENTO PARA A CAPITAL. AUSÊNCIA DE VÍCIO. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL - CP. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE COM BASE EM CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. SÚMULA 444 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRADO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. *"Esta Corte Superior de Justiça já decidiu que o artigo 427 do Código de Processo Penal - CPP não impõe que o desaforamento seja feito para localidade mais próxima da original, mas apenas que seja escolhida comarca da mesma região, na qual o julgamento possa ser efetivado de forma isenta."* (HC 301.116/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/10/2014)

2. Nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, processos penais em curso, sentenças condenatórias não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais não constituem maus antecedentes, nem podem ser utilizados para valorar negativamente a personalidade do agente. No caso, o decote do quantum de acréscimo da pena-base pela circunstância judicial da personalidade mostra-se necessário.

Agravo regimental parcialmente provido para, afastando a circunstância judicial da personalidade, dar parcial provimento ao recurso especial, reduzindo a pena-base em 9 meses, tornando-a em 14 anos e 3 meses de reclusão e, mantendo a diminuição de 1/3 pela tentativa, fixar a pena final em 9 anos e 6 meses de reclusão, preservados os demais termos da condenação.

O embargante, em suma, alega omissão na análise da exasperação da pena-base, porquanto as circunstâncias judiciais da culpabilidade, da circunstância do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

crime e da motivação do fato também foram objetos do recurso especial, embora não tenham sido analisadas no referido voto. Requer a fixação da pena-base em 12 anos. Ainda, pretende o prequestionamento dos princípios constitucionais da individualização da pena, do devido processo legal e da ampla defesa (art. 5º, XLVI, LIV e LV, da Constituição Federal).

O Ministério Público Federal opinou pelo acolhimento e provimento parcial dos aclaratórios para afastar o desvalor da culpabilidade e dos motivos do crime, mantendo o desvalor das circunstâncias do crime (fls. 1264/1265).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 466.477 - PE
(2014/0021352-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK (Relator):

Os aclaratórios merecem acolhida.

O acórdão embargado, sem aprofundar na análise das demais circunstâncias judiciais desfavoráveis, afastou o desvalor da circunstância judicial da personalidade. Entretanto, o recurso especial do embargante, bem como o agravo regimental, visam a imposição da pena-base no mínimo legal, em razão da utilização de elementares do tipo penal para exasperar a pena-base.

Logo, ante a referida omissão, passo à análise das demais circunstâncias judiciais consideradas na exasperação da pena-base. Cito trecho da sentença:

a) Quanto à conduta de delmiro de aráujo barros:

Em análise de sua culpabilidade, tenho-na como intensa, vez que atuou com dolo direto, exigindo, da mesma forma considerável grau de censura, orientou a sua conduta com propósito de efetuar os disparos de arma de fogo contra a vítima no claro intento de ceifar-lhe a vida, e só por circunstâncias alheias à sua vontade não logrou êxito.

Como circunstância do crime, tenho ainda a valorar a conduta do acusado que, utilizando-se de ardil, conduziu a vítima para o local da execução do crime, sob o argumento de se divertir em um bar, aproveitando-se, assim, da boa-fé desta e da relação de amizade existente entre ambos.

Também como circunstância do crime, tenho a valorar a quantidade de disparos que atingiram a vítima, em número de seis, constatado na perícia traumatológica.

Quanto à motivação do fato, aproveito da futilidade para valorar negativamente, como acatado pelo Conselho de Sentença, o que força o agravamento da reprimenda a ser aqui aplicada.

Da mesma forma, a personalidade do réu não é das melhores, embora não haja nos autos certidão dando conta de ter sofrido outras condenações criminais com trânsito em julgado, é fato que possui longa lista de comprometimentos criminais em andamento, podendo-se concluir assim, sem mácula alguma aqui ao princípio constitucional da presunção de inocência, ser pessoa contumaz no envolvimento com práticas delitivas.

Diante das circunstâncias judiciais ora analisadas, e considerando necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime de tentativa de homicídio qualificado duplamente, fixo a pena-base privativa de liberdade em 15 (quinze) anos de reclusão, nesta primeira fase.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Na segunda fase de aplicação da pena privativa de liberdade, não há atenuante ou agravante a ser valoradas. Na terceira fase, não há causas de aumento, embora aqui aplico a causa de redução obrigatória por ter sido o delito praticado em sua forma tentada, o que faço no mínimo legal, levando em conta as circunstâncias desfavoráveis já explicitadas, em 1/3 (um terço), fixo-a então em definitiva e em concreto em 10 (dez) anos de reclusão, em regime inicial fechado, a ser cumprida junto à Penitenciária Professor Barreto Campeio ou em outro estabelecimento prisional, a critério do Juízo das Execuções Peais.

Aplique-se a detração.

Condeno, ainda, delmiro de Araújo Barros no pagamento das custas processuais, pro rata (fls. 972/973).

Cito trecho do acórdão:

Por fim, passo à análise do pleito de fixação das penas-base no mínimo legal e de aplicação da causa de diminuição decorrente da tentativa no máximo legal de 2/3 (dois terços).

Sabe-se que a discricionariedade do magistrado em fixar a pena-base entre o mínimo e o máximo legal deve ser devidamente fundamentada nos preceitos da Lei. Neste passo, a pena-base aplicada não se mostra razoavelmente motivada em relação a culpabilidade e personalidade.

Não se pode considerar em desfavor dos acusados a culpabilidade alegando que foi intensa, pois agiram como dolo direto, direcionando o atuar no propósito de provocar o resultado morte que só não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos acusados, posto que se trata da culpabilidade que se mostra ínsita a qualquer tipo penal como necessária ao juízo condenatório.

Assim, verifica-se das provas dos autos que os acusados não agiram com dolo que ultrapassasse os limites da norma penal, em nível de peso na reprovabilidade da conduta.

Outrossim, sabe-se que, quanto à personalidade do apelante Delmiro de Araújo Barros, que foi considerada desfavorável, devem ser lembradas suas qualidades morais, a sua boa ou a má índole, o sentido moral do criminoso, bem como sua agressividade e o antagonismo em relação à ordem social e seu temperamento.

Também não devem ser desprezadas as oportunidades que o réu teve ao longo de sua vida e consideradas em seu favor uma vida miserável, reduzida instrução e deficiências pessoais que tenham impedido o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade.

Assim, entendendo que não há elementos suficientes a análise da personalidade do apelante, não podendo a mesma ser valorada negativamente pelo fato de o acusado responder a outra ação penal, tendo em vista a súmula nº 444 do STJ que dispõe que "É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

Corroborando com o exposto traz-se à colação do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

No entanto, remanescendo como desfavoráveis a ambos os apelantes as circunstâncias do crime, a motivação e as consequências, consoante devidamente apreciado na sentença e não tendo a vítima dado causa ao mesmo, entendo que devem ser mantidas as penas-base no patamar de 15 (quinze) anos de reclusão, bem próximas do mínimo legal, visto que, tendo como parâmetro o entendimento doutrinário de que a pena mínima prevista abstratamente para o crime deve ser majorada aproximadamente na razão de 1/8 (um oitavo) para cada uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a hipótese seria, se não se tratasse de recurso exclusivo da defesa, de aumento da mesma, posto tratar-se de homicídio qualificado (fls. 1060/1061).

Pois bem, observo que o Juiz sentenciante exasperou a pena-base pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, II e IV, na forma do art. 14, II, ambos do Código Penal – CP, em 3 anos, pelo desvalor da culpabilidade, das circunstâncias do crime, dos motivos do crime e da personalidade do agravante.

Por seu turno, o Tribunal de origem afastou o desvalor da culpabilidade e da personalidade, embora não tenha sido reduzida a pena-base. Em sede de agravo regimental, a Turma já decotou da pena-base o acréscimo referente ao desvalor da personalidade, deixando de decotar da pena-base a culpabilidade, bem como analisar a procedência das circunstâncias do crime e dos motivos do crime.

Depreende-se da condenação que, tanto as circunstâncias do crime quanto os motivos do crime se fundaram em qualificadoras, utilização de artil e motivo fútil, respectivamente. Reconhecida a existência de duas circunstâncias qualificadoras, uma delas por ser utilizada para qualificar o delito e a outra para exasperar a pena-base, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE. INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. COMENTÁRIO QUE NÃO INFLUENCIOU NO MÉRITO DA CAUSA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AFIRMADA PELA CORTE DE ORIGEM. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE FUNDAMENTADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO NÃO INERENTES AO TIPO PENAL. SÚM. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

[...]

4. Reconhecidas pelo Corpo de Jurados a existência



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

duas qualificadoras, inexistente bis in idem, em face da utilização de uma delas para qualificar o delito e da outra para majorar a pena-base.

[...]

7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1222356/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 16/05/2016)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÊS HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. SOBERANIA. ACOLHIMENTO DE UMA DAS TESES. CONJUNTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DUAS QUALIFICADORAS. POSSIBILIDADE DE UMA SER CAUSA DE AUMENTO E OUTRA AGRAVANTE.

1. Foram reconhecidas pelo Conselho de Sentença a existência de duas qualificadoras, sendo uma delas utilizada como causa de aumento (paga) e a outra (dissimulação) como agravante genérica, o que se mostra correto.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 578.961/PB, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 25/08/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXISTÊNCIA DE DUAS QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA DELAS COMO AGRAVANTE, NOS TERMOS DO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Quando incide mais de uma qualificadora do delito, é cabível que uma delas seja utilizada como tal e as demais sejam consideradas como circunstâncias desfavoráveis, seja para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria (caso conste no rol do art. 61, II, do CP), seja para elevar a pena-base na primeira fase do cálculo.

2. Na hipótese, tratando-se de circunstância prevista como agravante de pena no art. 61, inciso II, alínea c, do CP, inexistente óbice para computá-la na segunda etapa da dosimetria.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1521289/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 17/11/2015).

Assim, considerando que a pena-base partiu de 12 anos referente ao homicídio qualificado, houve *bis in idem* quando as duas qualificadoras foram utilizadas para exasperar a pena-base, motivo pelo qual apenas uma deve ser mantida para tal fim.

Passo, então, ao refazimento da dosimetria, com redução proporcional do acréscimo de 3 anos da pena-base, em razão do afastamento do desvalor da culpabilidade, dos motivos do crime e da personalidade, mantido o desvalor das



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

circunstâncias do crime.

Na primeira fase, reduzo a exasperação da pena-base de 3 anos para 9 meses, alcançando 12 anos e 9 meses de reclusão. Na segunda fase, mantida a pena-base. Na terceira fase, reduzo a pena em razão da tentativa no patamar de 1/3, conforme já realizado nas instâncias ordinárias, para alcançar o patamar de 8 anos e 6 meses de reclusão.

Por fim, incabível é a análise de dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. Cito precedentes:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES EM AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E SÚMULAS DO STF. REEXAME DA CAUSA. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I - Nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração quando houver na decisão vício consistente em: omissão, contradição, obscuridade ou erro material.

II - Na espécie, observa-se a exclusiva intenção de prequestionamento da matéria para fins de novo recurso, porém não há na decisão embargada qualquer vício.

III - Não compete a este eg. STJ se manifestar explicitamente sobre dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento. (Precedentes).

Embargos de declaração rejeitados (EDcl nos EAR 3.732/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 31/08/2016).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. HIPÓTESE EXCEPCIONAL. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS. EMBARGOS REJEITADOS.

[...]

5. Não se permite a esta Corte o enfrentamento de temas constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, em detrimento da competência do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 109, I).

6. Embargos rejeitados (EDcl no AgRg no AREsp 38.098/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 16/08/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO INEXISTENTE. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...]

3. *A pretendida análise de violação dos princípios constitucionais de inafastabilidade da prestação jurisdicional, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório não é possível no âmbito desta Corte, nem à guisa de prequestionamento.*

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp 756.039/PE, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, DJe 27/03/2015).

Assim, voto no sentido de acolher os embargos, com efeitos infringentes, para reduzir a exasperação da pena-base ao patamar de 9 meses diante da manutenção de apenas uma circunstância judicial desfavorável, bem como fixar a pena definitiva em 8 anos e 6 meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0021352-2

**EDcl no AgRg no
AREsp 466.477 / PE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00635957320108170001 2680775 268077500 268277279 2692007 4732005
635957320108170001

EM MESA

JULGADO: 15/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DELMIRO DE ARAÚJO BARROS
ADVOGADOS : ZULAIE COBRA RIBEIRO E OUTRO(S) - SP024127
FERNANDO HIDEO IOCHIDA LACERDA E OUTRO(S) - SP305684
AGRAVANTE : JOÃO DOS ANJOS FILHO
ADVOGADO : JOÃO OLYMPIO VALENCA DE MENDONÇA E OUTRO(S) - PE004815
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : DELMIRO DE ARAÚJO BARROS
ADVOGADO : FERNANDO HIDEO IOCHIDA LACERDA E OUTRO(S) - SP305684
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Felix Fischer, Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.