

Embargos De Declaração Por Omissão

escrito por Dr. Ademilson Carvalho Santos | janeiro 22, 2024
EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 00ª VARA
CRIMINAL DE CIDADE-UF

Ação Penal

Processo nº 00000000000000

Autor: Ministério Público Estadual

Réu: Fulano de TAL

NOME DO CLIENTE, já devidamente qualificado nos autos da presente ação penal, vem, por intermédio de seu patrono, com o devido respeito à presença de Vossa Excelência, para, tempestivamente, com supedâneo no art. 382 da Legislação Adjetiva Penal c/c art. 93, inciso IX, da Carta Política, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO POR OMISSÃO

para, assim, aclarar pontos omissos na R. sentença condenatória proferida na presente querela penal, tudo consoante as linhas abaixo explicitadas.

DA OMISSÃO NA SENTENÇA

DO CÁLCULO DA PENA (CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS)

No tocante à aplicação da pena, maiormente no que diz respeito à pena-base, temos que houve omissão no julgado.

Bem sabemos que a individualização da pena obedece ao sistema trifásico. Neste enfoque, pois, a inaugural pena-base deve ser apurada à luz do que rege o art. 68 do Estatuto Repressivo, a qual remete aos ditames do art. 59 do mesmo diploma legal.

DO CÓDIGO PENAL

Art. 68 – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Em que pese a orientação fixada pela norma penal supra-aludida, entendemos que a sentença fora omissa ao apurar as circunstâncias judiciais para exasperar a pena base.

Neste ponto específico, extraímos da decisão em liça passagem que denota claramente a ausência de fundamento para aumento da pena base:

“Passo, então, à dosimetria da pena.

A culpabilidade, os motivos, circunstâncias e consequências são inerentes ao crime patrimonial em estudo.

Não há registro de antecedentes.

(...)

Neste azo, fixo a pena-base em seis anos e seis meses de reclusão e 100 dias-multa. “

(os destaques são nossos)

Deste modo, este Magistrado levou em conta, ao destacar a pena-base, unicamente a circunstância desfavorável da personalidade, quando asseverou que ao ser “... processado pela prática de crime patrimonial, atenta para o bom ajuste social.
“

Segundo a melhor doutrina, ao valorar-se a pena-base todas as circunstâncias judiciais devem ser avaliadas isoladamente. Neste sentido, vejamos as lições de Rogério Greco, in verbis:

“Cada uma dessas circunstâncias judiciais deve ser analisada e valorada individualmente, não podendo o juiz simplesmente se

referir a elas de forma genérica, quando de determinação da pena-base, sob pena de macular o ato decisório, uma vez que tanto o réu como o Ministério Público devem entender os motivos pelos quais o juiz fixou a pena-base naquela determinada quantidade. Entendemos, principalmente, que se o juiz fixou a pena-base acima do mínimo legal é direito do réu saber o porquê dessa decisão, que possivelmente será objeto de ataque quando de seu recurso. Neste sentido a posição dominante em nossos tribunais, ..." (GRECO, Rogério. Código Penal comentado. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. Pág. 183)

Nesta mesma ordem de entendimento professa Norberto Avena que:

"É indispensável, sob pena de nulidade, a fixação da pena-base com apreciação fundamentada de cada uma das circunstâncias judiciais, sempre que a pena for aplicada acima do mínimo legal. 'A pena deve ser fixada com fundamentação concreta e vinculada, tal como exige o próprio princípio do livre convencimento fundamentado (arts. 157, 381 e 387, do CPP c/c o art. 93, inc. IX, segunda parte, da Lex Maxima). Ela não pode ser estabelecida acima do mínimo legal com supedâneo com referências vagas ou dados integrantes da própria conduta tipificada' (STJ, HC 95.203/SP DJ 18.8.2008). "(AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo Penal esquematizado. 4ª Ed. São Paulo: Método, 2012. Pág. 1095)

(destacamos)

Acerca da hipótese em enfoque, vejamos decisões dos mais diversos Tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO POR INTEMPESTIVIDADE ARGUIDA PELO MP REJEITADA. JUNTADA DAS RAZÕES RECURSAIS A DESTEMPO. MERA IRREGULARIDADE. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. PRETENSÃO IMPROCEDENTE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO RATIFICADO PELAS TESTEMUNHAS EM JUÍZO. REDUÇÃO DA

PENABASE OPERADA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA FIXÁ-LA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA MANTIDA. FOLHA DE ANTECEDENTES EMITIDA POR ÓRGÃO OFICIAL DO ESTADO. MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA. RÉU QUE CONTAVA COM MENOS DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA READEQUAÇÃO DA FRAÇÃO PELAS CAUSAS DE AUMENTO NO MÍNIMO (1/3). INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 443, DO STJ. REGIME FECHADO MANTIDO DIANTE DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DO ART. 33 DO CP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em absolvição com base em negativa de autoria, quando o conjunto probatório é amparado em elementos de prova suficientes, como a palavra da vítima que, ademais, fora corroborada pelos testemunhos das testemunhas, bem como pelo reconhecimento fotográfico na delegacia do acusado. As circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, quando avaliadas de maneira inidônea, na sentença condenatória, devem ser decotadas do cálculo da pena-base. Considerações genéricas, abstratas ou dados integrantes da própria conduta tipificada, não podem ser utilizadas para exasperá-la, sob pena de violação ao princípio basilar de que todas as decisões devem ser fundamentadas (art. 93, IX, da CF). A vida ante acta do agente, não obstante a inexistência de certidão cartorária, pode ser comprovada por outro meio idôneo, desde que preenchido os requisitos legais, como a folha de antecedentes criminais expedida por órgão oficial do Estado e/ou a consulta no Sistema de Automação do Judiciário (SAJ). A atenuante de pena descrita no art. 65, I, do CP, é de reconhecimento/aplicação obrigatório, desde que o condenado seja, ao tempo do crime, maior de 18 e menor de 21 anos de idade. Acompanhando evolução jurisprudencial da 6ª Turma do STJ, conclui-se pela viabilidade de compensação entre a reincidência e a menoridade relativa, porquanto a primeira é circunstância legalmente prevista como preponderante e a segunda é diretamente ligada à formação da personalidade do agente, que também está prevista como preponderante no art. 67, do CP. A fração do § 2º, do

art. 157, do CP, pode, e deve, ser elevada acima do patamar mínimo, todavia, a exasperação requer fundamento válido e consistente, diante das peculiaridades que o caso concreto exige, sendo vedado ao magistrado sentenciante ficar adstrito, tão somente, à quantidade de majorantes, sob pena de afronta a Súmula nº. 443, do STJ. Aliado as peculiaridades que o caso concreto exigir, a fixação do regime inicial de cumprimento da pena deve guardar consonância com os requisitos elencados no art. 33, do Código Penal. (TJMS – ACr-Recl 2012.003809-9/0000-00; Campo Grande; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; DJEMS 17/04/2012; Pág. 37)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTACIADO.

Negativa de autoria. 2. Autoria e materialidade comprovadas. 3. Desclassificação para o crime de furto. Impossibilidade. Ameaça. Declarações da vítima. 4. Exasperação da pena-base acima do mínimo legal. Impossibilidade. Análise genérica das circunstâncias judiciais. 5. Direito de recorrerem em liberdade. Impossibilidade. Presença dos requisitos ensejadores do decreto preventivo. Garantia da ordem pública. 6. Recurso conhecido e provido, em parte. 1. Apesar do acusado Hugo vieira dos santos ter negado a prática delitativa, a autoria é incontestável, conforme se extrai da prova oral colhida na instrução, dentre elas os depoimentos das vítimas, das testemunhas e dos policiais militares que participaram da operação do flagrante. 2. O dolo inerente ao tipo emerge das próprias circunstâncias dos fatos. Para a consumação do delito de roubo basta que a res furtiva saia do domínio de proteção e alcance da vítima, como minuciosamente narrado pela vítima maria laiz santos Oliveira, não restando dúvida quanto à presença do elemento subjetivo do tipo. Logo, comprovada a materialidade e a autoria do crime, improcede a irresignação do apelante Hugo vieira dos santos. 3. As declarações da vítima no sentido de ter sido ameaçada e arremessada contra a parede pelo acusado Antônio marcos de Araújo, afastam a

pretensa desclassificação do crime para furto. 4. No tocante à dosimetria da pena, a decisão singular se adstringiu a abstratas considerações em torno das circunstâncias judiciais e dos elementos que a caracterizam. O juízo sentenciante, ao fixar à pena-base fez referências genéricas às circunstâncias elencadas no art. 59 do código penal, não referiu-se a dados concretos da realidade para justificar seu pronunciamento. 5. Quanto à aplicação da redução de pena referente à atenuante da confissão espontânea, é de se reconhecer a ocorrência da mesma, em relação ao apelante Antônio Marcos de Araújo, mas isso não implica na valoração de tais circunstâncias. Isso porque a Súmula nº 231 do STJ veda que a pena-base seja reduzida aquém do mínimo legalmente previsto na segunda fase de dosimetria da pena, ou seja, por ocasião do reconhecimento da atenuante, nos seguintes termos: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. 6. Sobre a pretensão de recorrerem em liberdade, verifico que o magistrado de 1º grau, na sentença condenatória de fls. 127/ 133, bem como na representação de prisão preventiva às fls. 143/145, apresentou razões suficientes a justificar a medida constritiva, em virtude da ordem pública, ameaçada pela periculosidade do agente Antônio Marcos de Araújo e pela possibilidade de reiteração criminosa quanto ao acusado Hugo Vieira dos Santos, tendo em vista que posto em liberdade o mesmo teria voltado a delinquir. 7. Recurso conhecido e provido, em parte, para adequar as reprimendas impostas, definindo-as em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e a pena de multa a quantia de 13 dias-multa. (TJPI – ACr 2012.0001.000315-5; Rel. Des. Erivan Lopes; DJPI 11/04/2012; Pág. 13)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO USO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, INCISO I DO CP). DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 DO CP). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. EXTIRPADA. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS APTOS À RESPALDÁ-LA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Ao fixar a pena-base, não pode o magistrado se basear em referências vagas, genéricas e desprovidas de fundamentação objetiva. Deve ser extirpada a Agravante de reincidência em razão da ausência de qualquer lastro probatório apto a respaldá-la, sobretudo porque os interrogatórios judiciais não ostentam elemento suficiente para ensejar a configuração de antecedentes criminais ou mesmo para atestar a existência de reincidência, pois, por mais que o réu possa ter respondido afirmativamente que já teria sido preso ou mesmo processado anteriormente por outro crime, inexistente qualquer amparo documental, do que se conclui que jamais poderia ter sido utilizado para prejudicá-lo. Emprega-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena em razão do disposto no art. 33, § 2º do CP. (TJES – ACr 48100224681; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Ney Batista Coutinho; Julg. 07/03/2012; DJES 19/03/2012; Pág. 80)

Sobre o tema, também o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem idêntico entendimento:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE AGENTES. PRETENDIDO AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. MENÇÃO A EXISTÊNCIA DE COMPARSA. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA.

1. Não há constrangimento ilegal no reconhecimento da causa especial de aumento de pena do concurso de agentes no roubo quando há notícia de que o delito foi cometido pelo paciente em conluio com terceiro não identificado.
2. Incabível, ademais, na via restrita do habeas corpus, o reconhecimento da ilegalidade na admissão do concurso de agentes, pois tal exigiria um minucioso exame do acervo fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus. ROUBO. POSSE MANSA E PACÍFICA. DESNECESSIDADE. FORMA TENTADA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. INADMISSIBILIDADE EM SEDE DE REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE EXAME DE FATOS E PROVAS.

CONSTRANGIMENTO NÃO DEMONSTRADO.

3. A jurisprudência da Terceira Seção tem se orientado no sentido de que se considera consumado o crime de roubo com a simples inversão da posse, ainda que breve, do bem subtraído, não sendo necessária que a mesma dê-se de forma mansa e pacífica, bastando que cessem a clandestinidade e a violência, exatamente o que ocorreu no caso. 2. Ademais, para reconhecer que o roubo deu-se na sua forma tentada, e não consumada, necessário o revolvimento de todo o elenco de fatos e provas coletados no curso da persecução criminal, providência incabível na via restrita do habeas corpus. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO. MODO FECHADO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. ART. 33, §§ 2º E 3º, DO Código Penal. Súmulas NS. 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO PATENTEADO. 1. O artigo 33, § 2º, b, do CP estabelece que o condenado à pena superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8 (oito) anos poderá iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, observando-se os critérios do art. 59 do aludido diploma legal. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, fixada a pena-base no mínimo legal e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, não se justifica a fixação do sistema carcerário mais gravoso com base unicamente em assertivas genéricas relativas à gravidade do crime e inerentes ao próprio tipo penal violado. Súmula nº 440/STJ. 3. Hipótese de condenação ao cumprimento de 5 anos e 4 meses de reclusão, no modo inicial fechado, o qual foi firmado apenas com base na gravidade abstrata do delito.
4. Ordem parcialmente concedida apenas para fixar o modo semiaberto para o início do cumprimento da pena imposta ao paciente. (STJ – HC 166.798; Proc. 2010/0053216-7; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg.

13/03/2012; DJE 26/03/2012)

(...)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. CONSIDERAÇÃO INDEVIDA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DA CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME COMO DESFAVORÁVEIS. EXASPERAÇÃO SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES. NOTÍCIA DE SEIS CONDENAÇÕES. AUMENTO JUSTIFICADO.

1. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação.
2. O fato de o réu ter condições de entender o caráter ilícito de sua conduta, de ter agido com vontade livre e consciente para a prática do delito, não constituem motivação idônea para justificar o aumento da pena-base como culpabilidade.
3. A existência de condenação e inquéritos anteriores não se presta a fundamentar o aumento da pena-base como personalidade voltada para o crime. Precedentes.
4. O fato de a Res furtiva ter sido restituída parcialmente à vítima não constitui fundamento legítimo para a exasperação, por se tratar de evento comum à espécie (crime de roubo). Precedente.
5. Sendo noticiada na sentença condenatória a existência de seis condenações, presumidamente com trânsito em julgado, não tendo a Impetrante sequer alegado o contrário ou trazido aos autos prova nesse sentido, mostra-se perfeitamente idônea a motivação apresentada pelo julgador para majorar a pena-base pelos maus antecedentes.
6. Ordem parcialmente concedida para, mantida a condenação, reformar a sentença de primeiro grau e o acórdão

impugnados, apenas, na parte relativa à dosimetria das penas, que ficam quantificadas em 05 anos e 04 meses de reclusão, e 10 dias-multa. (STJ – HC 155.250; Proc. 2009/0234169-4; RS; Quinta Turma; Rel^a Min^a Laurita Vaz; Julg. 15/12/2011; DJE 05/03/2012)

Por fim, indicamos decisão com a mesma sorte de entendimento, desta feita advinda do Colendo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

I – Não agiu bem o tribunal regional federal ao redimensionar a pena-base e conceder a redução prevista no dispositivo mencionado na fração de 1/3, uma vez que não fundamentou adequadamente a aplicação do redutor na fração mínima.

II – Além de ter apontado circunstâncias próprias do tipo incriminador, fez referências genéricas acerca do tema e não apontou fundamentos concretos para negar a redução maior (2/3).

III – Ordem concedida para que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena, no patamar de 2/3, à pena-base da paciente. (STF – HC 108.509; RJ; Segunda Turma; Rel. Min. Ricardo Lewandowski; Julg. 13/12/2011; DJE 15/02/2012; Pág. 26)

DA CONCLUSÃO

Destarte, data vênia, a sentença foi vazia de fundamentação nos tópicos acima citados, permitindo o aviamento do presente recurso.

Serve, deste modo, o presente instrumento processual para aperfeiçoar a prestação jurisdicional, sob pena de haver nulidade do julgamento em mira. À parte, sim, cabe receber uma

decisão, imparcial, nos limites do que foi posto em discussão, sem qualquer omissão, resta saber.

Outrossim, os demandantes têm direito à entrega da prestação jurisdicional de forma clara e precisa (CF., art. 93, inc. IX). Houve, na verdade, omissão no julgado de fatores relevantes, devidamente debatidos nos autos e que necessariamente teriam a repercussão necessária no julgamento.

Há de haver exame dos fundamentos estipulados pelo Embargante, justificando, após disto, por qual (is) motivo (s) fora (m) desacolhido (s), o que não foi feito.

Posto isto, pleiteia o Embargante o recebimento e procedência destes Embargos de Declaração, que tem por finalidade aclarar a sentença exarada, suprindo os vícios apontados, evitando-se a sua nulidade por negativa de vigência aos art. 68 do Código Penal c/c art. 382 do Código de Processo Penal.

Termos em que,

Pede Deferimento.

CIDADE, 00, MÊS, ANO.

ADVOGADO

OAB Nº

<https://modelo.legal/modelo-de-embargos-de-declaracao-por-omisao-criminal/>