RECURSO ESPECIAL Nº 1.861.655 - PR (2020/0033067-7)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FELIX FISCHER**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
RECORRIDO	:	ROGERIO DA LUZ
ADVOGADO	:	EDUARDO FELIPE VERONESE - PR066155

EMENTA

PENAL. RECURSO ESPECIAL. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OU OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INCABÍVEIS PARA FINS DE MERO PREQUESTIONAMENTO OU REDISCUSSÃO DO MÉRITO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.117.073/PR. SÚMULA 231/STJ. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição da República, contra o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado (fl. 308):

> *"I - APELAÇÃO CRIMINAL. II - DELITO CONTIDO NOS ARTIGOS 12 E 15, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. III - APLICAÇÃO DA PENA BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE FERE OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUE DEVE TER SUA APLICAÇÃO MANTIDA. IV - EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA IMPOSIÇÃO DE PENA SUBSTITUTIVA PARA CUMPRIMENTO DO REGIME ABERTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 493 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. V - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFERIMENTO PARA DEFENSOR DATIVO EM FUNÇÃO DA ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE. VI - RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA ALTERADA DE*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

OFÍCIO"

Opostos embargos de declaração pela acusação, por duas vezes, estes foram rejeitados (fls. 451-456 e 493-499).

Nas razões do recurso especial, o **Parquet** sustenta a violação dos arts. 3º, 381, inc. III, 619 e 620, todos do Código de Processo Penal, ao art. 489, § 1º, do CPC, aos arts. 59, inc. II, 65, inc. III, **d**, e 68, todos do Código Penal e aos arts. 12 e 15, ambos da Lei nº 10.826/2003, ao argumento de que o v. acórdão recorrido, em preliminar, incorreu em negativa de prestação jurisdicional, porquanto não se manifestou sobre relevante tese da acusação que, se considerada, poderia resultar em resultado diverso do julgado hostilizado, em que pese a oposição por duas vezes de embargos de declaração pela acusação.

Afirma ainda que, *"verifica-se que o acórdão foi mais uma vez omisso, visto que não enfrentou as questões suscitadas nos primeiros embargos de declaração, de modo que o Parquet opôs novos aclaratórios, por meio dos quais requereu a superação da omissão constante no acórdão complementar, decorrente justamente da não análise dos vícios constantes do acórdão principal e já apontados pelo Ministério Público"* (fl. 623).

Alega que *"por meio dos embargos de declaração, o órgão ministerial, em explícito **prequestionamento**, sustentou as omissões do julgado presentes no fato de ter mantido a pena intermediária do recorrido abaixo do mínimo legal. Nesse sentido, pediu-se à Corte que complementa-se o acórdão, externando os motivos pelos quais: **a)** compatibilizou o entendimento quanto à possibilidadde de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal com os arts. 59, II, e 68, ambos do CP, e os arts. 12 e 15, caput, da Lei nº 10.826/03; **b)** compatibilizou o entendimento pela declaração implícita de inconstitucionalidade do art. 65, III, 'd", do CP c/c arts. 59, II, e 68, ambos do CP e aos arts. 12 e 15, caput, da Lei 10.826/03, com o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante nº 10 do STF"* (fl. 626).

Defende que *"a jurisprudência do e. STJ vai no sentido de que o*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

julgador não é obrigado a rebater todo e qualquer ponto apresentado pela parte, ainda que em sede de embargos. Porém, tal entendimento é mitigado na medida em que cotejado com a disposição do art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC. Isso porque não se considera fundamentada a decisão que deixa de enfrentar os argumentos que possam modificar o julgamento" (fl. 637).

Requer, quanto à preliminar, que este Tribunal Superior ingresse na matéria de fundo, com base no art. 1.025 do CPC, ou, em caso de entendimento diverso, seja o acórdão recorrido cassado com retorno dos autos a fim de que a Corte de origem julgue novamente os aclaratórios ministeriais com efetiva análise de todas as alegações de forma fundamentada.

Aduz, no mérito, que o acórdão recorrido deve ser reformado, a fim de que a incidência da atenuante da confissão espontânea não enseje a redução da pena a patamar aquém do mínimo legal, na forma da Súmula 231 deste Sodalício, dada a manifesta violação aos arts. 59, inc. II, 65, inc. III, **d**, e 68, todos do Código Penal e aos arts. 12 e 15, ambos da Lei nº 10.826/2003.

Pondera, neste item, que *"conforme se extrai da leitura do acórdão recorrido, a d. Câmara Criminal realizou uma interpretação isolada do art. 65, III, 'd', do CP, sem considerar os demais dispositivos legais que norteiam a aplicação da pena, sobretudo os arts. 59, II, e 68, ambos do CP e os respectivos tipos pelos quais o recorrido foi condenado (art. 12 e 15, caput, da Lei 10.826/03)"* (fl. 639).

Acrescenta que *"as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e as **atenuantes** e agravantes não têm seus quantuns de modificação de pena tarifados legalmente, de modo que há margem para que o juiz, **dentro dos limites da cominação** e em atenção às peculiaridades do caso concreto, modifique a pena de acordo com sua discricionariedade"* (fl. 640).

Sustenta que *"as causas de aumento e diminuição possuem estipulação quantitativa fixa pelo tipo penal. Assim, o que se mostra mais prudente e em consonância com a legalidade penal, é que nas duas primeiras etapas da dosimetria a modificação da pena se dê nos limites cominados pelo*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

tipo penal" (fl. 641).

Sustenta haver divergência jurisprudencial, apontando como paradigma o acórdão do Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº1.260.587/SC, julgado pela Sexta Turma da Corte Superior.

Pretende, ao final, o provimento do apelo raro, com o redimensionamento da pena intermediária no mínimo legal.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 670-676), o recurso foi admitido na origem e os autos encaminhados a esta Corte Superior.

A d. Subprocuradoria-Geral da República apresentou parecer pelo **provimento** do recurso especial (fls. 718-722).

É o relatório.

Decido.

Consta dos autos que o recorrido **Rogério** foi condenado, em primeiro grau, à pena de **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão** e **10 (dez) meses de detenção**, em regime **aberto**, além de 16 (dezesseis) dias-multa, pelos delitos previstos nos arts. 12 e 15, ambos da Lei nº 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal, tendo a pena corporal sido substituída por duas restritivas de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Em segunda instância, o eg. Tribunal **a quo** negou provimento ao apelo ministerial, mantendo a sentença condenatória, mas, de ofício, excluiu a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, como condicional do regime aberto, na forma da Súmula 493/STJ.

A primeira questão a ser analisada cinge-se a suposta violação aos arts. 3º, 381, inc. III, 619 e 620, todos do Código de Processo Penal, ao art. 489, § 1º, do CPC, no presente caso. Aduz o **Parquet** que o v. acórdão recorrido, em preliminar, incorreu em negativa de prestação jurisdicional, porquanto não se manifestou sobre relevante tese da acusação que, se considerada, poderia

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

resultar em resultado diverso do julgado hostilizado, em que pese a oposição por duas vezes de embargos de declaração pela acusação.

O eg. Tribunal **a quo** assim se manifestou sobre o ponto (fls. 310-313):

"DA REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Compulsando os autos, verifica-se que deve ser mantida a sentença em sua dosimetria, em função de considerar que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça ofende os princípios da legalidade e constitucionalidade.

Quanto ao de legalidade, observa-se que a aplicação das atenuantes, no caso a do art. 65, inciso III, alínea "a", não está condicionada ao "quantum" da pena fixada. A lei manda aplicar a atenuante sem qualquer ressalva ou condição, ou seja, a lei não diz que as atenuantes devem ser ignoradas quando a pena é fixada no mínimo legal.

Também referida Súmula ofende o princípio constitucional da individualização da pena, prevista no art. 5º, XLVI da Constituição Federal; ou seja, individualizar a pena é fixa-la nos termos da legislação aplicável á matéria. Se duas pessoas cometem o mesmo crime e em relação a ambas é aplicada a pena mínima, sendo uma delas beneficiária da atenuante, por exemplo da confissão espontânea (art. 65, III, "a" do Código Penal), e essa atenuante for ignorada, por óbvio não houve a individualização da pena em relação aqueles que confessaram espontaneamente.

O direito fundamental à liberdade consagrado na cabeça do art. 5º do Texto magno, não admite que seja aplicada em parte. Os direitos fundamentais são indivisíveis. Negar-se a aplicação da atenuante quando a pena é fixada na pena mínima, é tornar divisível o direito da liberdade.

Há de se adotar os dizeres de Bitencourt, o qual afirma que:

[...]

Assim sendo, a manutenção na sentença deve ser realizada, para o fim de que a pena de ambos os crimes reste reduzida para abaixo do seu mínimo legal, em função da possibilidade de aplicação da atenuante de confissão espontânea.

Notem-se os seguintes precedentes:

[...]

Desta forma, nego provimento do recurso, eis que há de se considerar válida a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, em função da atenuante de confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea 'd'), *como bem procedeu a Ilustre Magistrada de Primeiro Grau Fernanda Orsomarzo"*

Por sua vez, ao rejeitar os primeiros embargos ministeriais, foram adotados os seguintes fundamentos, **verbis** (fls. 395-400):

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

"Em que pese as informações prestadas, tenho que a atenuante disposta no art. 65, inc. III, "d", do CP mereça ser aplicada, mesmo tendo a pena definitiva restado no mínimo legal, pois entendo que a Súmula 231 do STJ data vênia, ofende os princípios da legalidade e constitucionalidade.

Quanto ao princípio da legalidade, observa-se que a aplicação das atenuantes, no caso a do art. 65, não está condicionada ao "quantum" da pena fixada. A lei manda aplicar tal benefício sem qualquer ressalva ou condição, ou seja, a lei não diz que as atenuantes devem ser ignoradas quando a pena é fixada no mínimo legal.

Também, a mesma ofende o princípio constitucional da individualização da pena, prevista no art. 5[9], XLVI da Constituição Federal; ou seja, individualizar a pena é fixa-la nos termos da legislação aplicável à matéria. Se duas pessoas cometem o mesmo crime e em relação a ambas é aplicada a pena mínima, sendo uma delas beneficiária da atenuante, por exemplo da menoridade (art. 65, I do Código Penal), e se essa atenuante for ignorada, por óbvio não houve a individualização da pena em relação ao menor de 21 anos, o mesmo podendo se dizer da atenuante da confissão.

O direito fundamental à liberdade consagrado na cabeça do art. 5[5] do Texto magno, não deve ser aplicado apenas parcialmente, não se fatia direito fundamental, são eles indivisíveis. Negar-se a aplicação da atenuante quando a pena é fixada na pena mínima, é fatiar o direito à liberdade.

Há de se adotar os dizeres de Bitencourt, o qual afirma que:

[...]

Assim sendo, a manutenção na sentença deve ser realizada, para o fim de que a pena de ambos os crimes reste reduzida para abaixo do seu mínimo legal, em função da possibilidade de aplicação da atenuante de confissão espontânea.

Notem-se os seguintes precedentes:

[...]

Além do que, deve-se ainda observar o contido na Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça, que implicitamente revogou a mencionada Súmula 231, uma vez que determina a aplicação da atenuante confissão espontânea sem qualquer condição, ainda que a pena tenha sido aplicada em seu mínimo legal, senão vejamos*:*

[...]

Há de se apontar o entendimento adotado por Ricardo Augusto Schmitt:

> ***Frente a adoção pelo legislador do sistema trifásico para a dosimetria da pena em concreto, vemos que não subsiste mais a razão de ser da Súmula 231 do STJ eis que circunstâncias atenuantes e agravantes serão analisadas apenas na segunda fase do processo de aplicação da pena, depois de já ter sido fixada a pena-base, a qual resultará tão somente da análise isolada das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, não revelando, portanto, qualquer óbice à sua redução ou à sua majoração***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

para fora dos limites em abstrato previstos.

Precisamos repetir, não é outro o entendimento que se extrai do disposto pelo inciso II do artigo 59 do Código Penal. Se as circunstâncias judiciais determinam a punição no mínimo legal e se reconhece, em favor do condenado, alguma das circunstâncias atenuantes previstas nos artigos 65 ou 66 do Código Penal, estas deverão incidir sobre a pena fixada na primeira fase, diante da inexistência de qualquer vedação legal à respeito.

Somente a pena-base deverá ser fixada entre os limites de penas previstos em abstrato para o tipo (art. 59, II, do CP), não se aplicando tal exigência à segunda fase de aplicação da segunda fase de aplicação da sanção corporal (art. 68, caput do CP).

Como bem destacado pela doutrina, a aplicação das atenuantes e agravantes (como realizado no referido decisório) ocorreu na segunda fase de aplicação da pena, inexistindo qualquer vedação legal no sistema jurídico penal brasileiro

Por fim, cabe ressaltar que a aplicação das atenuantes é uma atividade legal vinculada.

Desta forma, nos termos do art. 1041, caput, do CPC/2015, esta Segunda Câmara Criminal mantém os julgados anteriores, nos termos em que foram proferidos"

Para a rejeição dos segundos embargos opostos pela acusação, a Corte de origem asseverou, **ad litteris** (fls. 453-455):

"O recurso foi interposto tempestivamente, porém não merece prosperar, pois não há qualquer omissão ou contradição no acórdão embargado, uma vez que todas as questões foram enfrentadas de forma clara e coerente.

Apenas a título de esclarecimento, ressalta-se que o Acórdão ora mencionado, ao indeferir o pedido realizado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, foi claro e explícito ao apontar a prevalência e indivisibilidade dos direitos fundamentais do apenado no sistema penal brasileiro, devendo o julgador se submeter a aplicação das atenuantes sem qualquer condição.

Note-se o excerto extraído da referida decisão:

[...]

É evidente, portanto, que o intuito é meramente modificativo, o que requer recurso próprio, diferente dos presentes embargos de declaração, eis que objetivam a alteração de decisão que decidiu o mérito da questão devidamente.

No que se refere à cláusula de reserva de plenário, verifica-se

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

que não houve declaração de inconstitucionalidade da Súmula 231, tampouco de qualquer outro dispositivo, mas somente a indicação da ilegalidade dos mesmos. Assim sendo, não há de se falar em violação à Súmula Vinculante 10 ou ao artigo 97 da Constituição Federal, tendo em vista a estrita aplicabilidade da lei indicada no acórdão vergastado.

Finalmente, há de se reconhecer o erro material apontado pelo embargante, o que se corrige de ofício, tendo em vista que, realmente, não se tratou da atenuante constante na alínea "a" do artigo 65, inciso III, do Código Penal, e sim da alínea "d" por somente dois momentos.

Por essas razões, há de se rejeitar os embargos de declaração, corrigindo o erro material de ofício, nos termos da fundamentação supra"

Da análise dos excertos colacionados, verifico que não houve a alegada ofensa aos arts. 3º, 381, inc. III, 619 e 620, todos do Código de Processo Penal, e ao art. 489, § 1º, do CPC, porquanto a Corte de origem, embora de forma contrária à pretensão ministerial, expôs de forma suficiente e adequada os fundamentos de fato e de direito pelos quais entendeu adequada a redução da pena aquém do mínimo legal em face da incidência da atenuante da confissão espontânea sem que, para tanto, houvesse necessidade de declaração de inconstitucionalidade de qualquer norma infraconstitucional.

Com efeito, não houve a aventada ofensa ao **art. 619 do Código de Processo Penal, bem como aos demais artigos de lei federal indicados de forma subsidiária e complementar**. O mencionado dispositivo prevê que *"[a]os acórdãos proferidos pelos **Tribunais de Apelação**, **câmaras** ou **turmas**, poderão ser opostos **embargos de declaração**, no prazo de **dois dias** contados da sua publicação, quando houver na sentença **ambiguidade**, **obscuridade**, **contradição** ou **omissão**".*

O **recorrente** aduziu ser o v. acórdão **omisso**, ao não examinar a principal tese acusatória: de que a não seria possível a redução da pena aquém do mínimo legal com base na incidência de atenuante.

Todavia, é patente que a referida alegação foi expressamente afastada, quando a instância **a quo**, avaliando o **conjunto probatório** carreado aos autos, concluiu que ***"quanto ao de legalidade, observa-se que a aplicação das atenuantes, no caso a do art. 65, inciso III, alínea "a", não está condicionada ao "quantum" da pena fixada. A lei manda aplicar a***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

atenuante sem qualquer ressalva ou condição, ou seja, a lei não diz que as atenuantes devem ser ignoradas quando a pena é fixada no mínimo legal" (fl. 310), invocando ainda outros fundamentos de direito para rechaçar a pretensão ministerial.

Em verdade, com os aclaratórios opostos na origem, o recorrente pretendeu, como bem reconheceu a eg. Corte estadual, veicular mero inconformismo. A jurisprudência deste Superior Tribunal, entretanto, é firme no sentido que essa não é a via adequada para nova impugnação do mérito. Sobre o tema:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE DO APELO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. INADEQUAÇÃO. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *[...]*
>
> *2. Não se prestam os embargos de declaração para rediscutir matéria já devidamente enfrentada e decidida pelo aresto objurgado.*
>
> *[...]*
>
> *4. Embargos de declaração rejeitados."* (EDcl no AgRg no AREsp 1098662/SC, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge Mussi**, DJe 27/11/2017)
>
> *"PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. AMBIGUIDADE, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *1. Não verificada contradição, obscuridade, omissão ou ambiguidade, são rejeitados os embargos declaratórios, que não servem à rediscussão do julgado.*
>
> *[...]*
>
> *5. Embargos de declaração rejeitados."* (EDcl no AREsp 642.520/SP, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 14/11/2017)

Também não é **omisso** ou **obscuro** o v. acórdão reprochado, por não haver se pronunciado acerca da ofensa ao **princípio da legalidade, da**

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

reserva de plenário, dada a suposta declaração de inconstitucionalidade implicita de normas infraconstitucionais que regem a aplicação da pena. A instância **a quo** não julgou necessário se manifestar, expressamente, sobre o tema, para decidir a questão deduzida em juízo asseverando, ainda, que *"**apenas a título de esclarecimento, ressalta-se que o Acórdão ora mencionado, ao indeferir o pedido realizado pelo Ministério Público do Estado do Paraná, foi claro e explícito ao apontar a prevalência e indivisibilidade dos direitos fundamentais do apenado no sistema penal brasileiro, devendo o julgador se submeter a aplicação das atenuantes sem qualquer condição**"* (fl. 453) bem como que *"**no que se refere à cláusula de reserva de plenário, verifica-se que não houve declaração de inconstitucionalidade da Súmula 231, tampouco de qualquer outro dispositivo, mas somente a indicação da ilegalidade dos mesmos. Assim sendo, não há de se falar em violação à Súmula Vinculante 10 ou ao artigo 97 da Constituição Federal, tendo em vista a estrita aplicabilidade da lei indicada no acórdão vergastado**"* (fls. 454-455), não havendo que se falar, portanto, em negativa de prestação jurisdicional.

Como é sabido, *"[o] julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir"* (EDcl no AgRg no HC 401.360/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe 24/11/2017).

No mesmo sentido, o julgado abaixo:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **HABEAS CORPUS**. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *1. Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão ocorridas no acórdão embargado, sendo inadmissíveis quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivem novo julgamento do caso.*
>
> *2. A omissão a ser sanada nos aclaratórios diz respeito ao pedido e não à apreciação de todas as teses vencidas,*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

não existindo vício a ser reparado no ***decisum*** *quando nele estão estampados fundamentos suficientes para dirimir a controvérsia.*

[...]

4. Embargos rejeitados." (EDcl no HC 304.808/RJ, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Rogerio Schietti Cruz**, DJe 23/2/2015)

Dessarte, descabida a alegação de violação ao art. 489, § 1º, inc. IV, do CPC, que preleciona não ser fundamentado qualquer acórdão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, na medida em que, como já observado, a Corte de origem, embora de forma contrária à pretensão ministerial, enfrentou de forma suficiente e adequada, não obstante contrastante ao entendimento deste Tribunal Superior, a controvérsia submetida a julgamento.

Quanto ao tema, confiram-se:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. 1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. ART. 1.024, § 3º, DO CPC/2015. OBSERVÂNCIA. 2. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO CONFIGURADAS. 3. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS DE LEI TIDOS POR VULNERADOS. SÚMULA 211/STJ. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA POSSIBILITAR O PREQUESTIONAMENTO FICTO. 4. AUTORA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE COMPROVAR OS FATOS ALEGADOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ . 5. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Sendo manifesto o intuito infringente dos embargos de declaração opostos, é possível o seu recebimento como agravo interno, desde que determine previamente a intimação da parte recorrente para complementar as razões recursais, nos termos do art. 1.024, § 3º, do CPC/2015, como ocorrido na espécie.

2. Não ficou configurada a violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, uma vez que o Tribunal de origem se manifestou de forma fundamentada sobre todas as questões necessárias para o deslinde da controvérsia. O mero inconformismo da parte com o julgamento contrário à sua pretensão não caracteriza falta de prestação jurisdicional.

3. O prequestionamento é exigência inafastável

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

contida na própria previsão constitucional, impondo-se como um dos principais pressupostos ao conhecimento do recurso especial. Incidem, por analogia, o enunciado n. 282 do STF bem como a Súmula 211 do STJ. Também não é o caso de se considerar a ocorrência do prequestionamento ficto previsto no art. 1.025 do CPC/2015.

4. Inafastável a incidência das Súmulas 5 e 7/STJ à hipótese, uma vez que a desconstituição da cognição do acórdão guerreado (acerca da falta de comprovação dos valores pretendidos pela ora agravante a título de honorários advocatícios) demandaria a análise de cláusulas contratuais e do reexame das provas do processo em análise.

5. Agravo interno desprovido."(AgInt no AREsp 1563231/SP, **Terceira Turma**, Rel. Ministro **Marco Aurélio Belizze**, DJe 19/2/2020, grifei)

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. MARCO TEMPORAL PARA APLICAÇÃO DO CPC/2015. DATA DA SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO RESP 1.155.125/MG, JULGADO SOB O RITO DOS REPETITIVOS. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Afasta-se a ofensa aos arts. 489, § 1º e 1.022, II, do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

[...]

4. Agravo interno a que se nega provimento."(AgInt nos EDcl no REsp 1658467/PE, **Primeira Turma**, Rel. Ministro **Sérgio Kukina**, DJe 23/11/2018)

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.AÇÃO DECLARATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS. SUMULA 7 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação dos artigos 1022 e 489 do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte recorrente. Não há falar, no caso, em negativa de

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

> ***prestação jurisdicional. A Câmara Julgadora apreciou as questões deduzidas, decidindo de forma clara e conforme sua convicção com base nos elementos de prova que entendeu pertinentes. No entanto, se a decisão não corresponde à expectativa da parte, não deve por isso ser imputado vicio ao julgado.***
>
> *2. As conclusões do acórdão recorrido no tocante à condenação aos danos emergentes e lucros cessantes, não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame de fatos, provas, e interpretação de cláusulas contratuais, o que é vedado em razão dos óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ.*
>
> *3. Agravo interno não provido."*(AgInt no AREsp 1560315/SP, **Quarta Turma**, Rel. Ministro **Luis Felipe Salomão**, DJe 4/2/2020, grifei)

Por outro lado, tenho que melhor sorte assiste ao **Parquet** quanto à alegada violação aos arts. 59, inc. II, 65, inc. III, **d**, e 68, todos do Código Penal e aos arts. 12 e 15, ambos da Lei nº 10.826/2003, porquanto, ao contrário do entendimento esposado no acórdão objurgado, o entendimento deste Tribunal é no sentido de que *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"* (Súmula 231, **Terceira Seção**, DJe 15/10/1999).

Outrossim, ao contrário do asseverado no acórdão que rejeitou os primeiros embargos ministeriais, não há que se falar em revogação implícita do supracitado enunciado sumular em face da edição da Súmula 545/STJ, que preceitua que *"quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal"*, desde que dentro dos parâmetros legais estipulados pelo legislador, **ex vi** do art. 59, inc. II, do CP.

Quanto ao tema, confiram-se:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.*

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008." (REsp 1117073/PR, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Laurita Vaz**, DJe 29/6/2012)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.TRÁFICO DE DROGAS, RECEPTAÇÃO E ADULTERAÇÃO DE SINAL DE VEÍCULO AUTOMOTOR. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PLEITOS ABSOLUTÓRIOS E DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. SÚMULA 7/STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS OBJETIVAS E SUBJETIVAS DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231/STJ.

[...]

IV - No que concerne à redução da pena na segunda fase da dosimetria para além do mínimo legal, o exame dos fundamentos que dão suporte à r. decisão vergastada revela que não há divergência com a jurisprudência desta Corte, pois, "[n]os termos da Súmula 231 desta Corte, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (AgRg no AREsp n. 623.681/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/10/2015).

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

> *V - Por fim, presentes as circunstâncias do art. 42 da Lei n. 11.343/06, natureza e a quantidade da droga (foram apreendidas 209, 8g de cocaína e 20g de maconha) não há ilegalidade a ser reparada com relação à aplicação da minorante em 1/2 (metade), conforme art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.*
>
> *Agravo regimental desprovido."* (AgRg nos EDcl no AREsp 1107478/SC, **Quinta Turma**, **de minha relatoria**, DJe 16/2/2018)

> *"APELAÇÃO. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CORRUPÇÃO DE MENORES. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. PROVA SUFICIENTE.*
>
> *- Na segunda fase, conquanto incidente a atenuante da confissão espontânea para ambos os acusados e a da menoridade para Gustavo, incabível a condução das penas provisórias para patamar aquém do mínimo legal, consoante o teor da Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça."* (REsp 1.705.499/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe 24/11/2017)

Igual posicionamento se verifica no âmbito da Corte Suprema que, inclusive, admitiu a repercussão geral da matéria em recurso extraordinário, evidenciando que a interpretação ao tema dada por este Tribunal está em consonância os princípios constitucionais que regem a matéria, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ART. 5°, XLVI, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ATENUANTE GENÉRICA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO DA PENA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. ART. 93, IX, DA CF. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL – TEMA 339. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *I - Ausência de prequestionamento do art. 5°, XLVI, da CF. Não foram opostos embargos declaratórios com a finalidade de suprir essa omissão. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.*
>
> ***II - A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica. Precedente: RE 597.270 QO-RG/RS (Tema 158), da relatoria do Ministro Cezar***

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

Peluso.

III - No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a repercussão geral e reafirmou-se a orientação no sentido de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique, de forma clara, as razões de seu convencimento.

IV - Este Supremo Tribunal, no exame do AI 742.460-RG/RJ (Tema 182), da relatoria do Ministro Cezar Peluso, firmou entendimento de que a questão alusiva à ofensa aos arts. 5°, XLVI, e 93, IX, da Constituição, relativamente à fixação da pena-base, não possui repercussão geral, por se tratar de matéria infraconstitucional.

V - Agravo regimental a que se nega provimento."(ARE 1028069, AgR, **Segunda Turma**, Relator(a): Min. **Ricardo Lewandowski**, DJe de 2/3/2018, grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I e II, do CÓDIGO PENAL). ATENUANTE GENÉRICA. ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. A atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (RE 597.270-QO-RG, Relator Min. CEZAR PELUSO, DJe 5/6/2009).

2. A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está atrelada, de modo absoluto, ao quantum da sanção corporal aplicada. Desde que o faça em decisão lastreada nas particularidades do caso, o magistrado sentenciante está autorizado a impor ao condenado regime mais gravoso do que o recomendado nas alíneas do § 2º do art. 33 do Código Penal. Inteligência da Súmula 719/STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento."(HC 144805 AgR, **Primeira Turma**, Relator(a): Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 16/10/2017, grifei)

"Habeas corpus. Penal. Homicídio simples. Artigo 121, caput, do Código Penal. Pena-base. Instrumento do crime. Faca de dimensões avantajadas. Valoração como circunstância judicial desfavorável (art. 59, CP). Descabimento. Forma normal de execução do crime. Paciente que se limitou a desferir um único golpe na vítima. Conduta ínsita ao tipo penal. Aumento decotado. Atenuante genérica. Confissão. Impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedentes. Pena superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos de reclusão. Réu

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

primário. Ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. Fixação do regime prisional semiaberto. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida.

1. O emprego de arma branca de dimensões avantajadas na execução de homicídio, por si só, não deve ser valorado como circunstância judicial desfavorável (art. 59, CP) quando seu emprego traduzir forma normal de execução do crime.

2. Atenuantes genéricas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedentes.

3. Fixada a pena no mínimo legal, descabe a imposição de regime prisional mais severo que a pena aplicada admite. 4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para reduzir a pena imposta ao paciente ao mínimo legal e fixar o regime inicial semiaberto."(HC 124954, **Primeira Turma**, Relator(a): Min. **Dias Toffoli**, DJe de 8/4/2015, grifei)

"HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. RAZÕES DE DECIDIR FUNDADAS EM DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DISPOSTO NO ART. 93, INC. IX DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, CONSIDERADA A ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ROUBO CONSUMADO OU TENTADO. CONTROVÉRSIA.

1. Transcrição e adoção, como razões de decidir, de depoimentos de testemunhas. Ausência de afronta ao disposto no artigo 93, IX, da CB/88.

2. Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de redução, abaixo desse patamar, com fundamento na circunstância atenuante da menoridade. Precedentes.

3. À consumação do crime de roubo é suficiente a verificação de que, cessada a clandestinidade ou a violência, tenha o agente tido a posse da coisa subtraída, ainda que retomada logo em seguida. Ordem indeferida." (HC 94243, **Segunda Turma**, Relator(a): Min. **Eros Grau**, DJe de 14/8/2009, grifei)

Oportunas as considerações d. Subprocuradoria Geral da República que, em seu parecer, pontuou, **verbis** (fls. 721-722):

"Não obstante o juízo negativo de retratação, a decisão pela admissão do apelo especial registra que esta Corte Superior já fixou, em sede

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

de recurso repetitivo, o entendimento de que "a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme o disposto na Súmula n" 231 desta Corte Superior".

Eis a ementa:

[...]

A propósito, admitiu-se o recurso extraordinário tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese: "circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"[2].

Com efeito, não se verifica na espécie peculiaridade que afaste a hipótese dos autos da abrangência do entendimento fixado por esta Corte sob a sistemática dos repetitivos, tampouco argumentação desenvolvida pelas instâncias ordinárias que o supere.

Assim, razão assiste ao recorrente quanto à reforma do acórdão recorrido, afastando-se a incidência da atenuante da confissão espontânea, na forma do entendimento consolidado nos Tribunais Superiores"

Dessa forma, estando o v. acórdão prolatado pelo eg. Tribunal **a quo** em desconformidade com o entendimento desta Corte de Justiça quanto ao tema, incide, no caso o enunciado da Súmula 568/STJ, **in verbis**: "*O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema*."

Dessarte, imperioso o redimensionamento das penas cominadas aos mínimos legais pelos quais o recorrido foi condenado, a saber 1 (um) ano de detenção, além de 10 (dez) dias-multa, quanto ao delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, e 2 (dois) anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, quanto ao delito previsto no art. 15 da Lei nº 10.826/2003.

Presente o concurso material entre os delitos, aplico a regra prevista no art. 69 do CP, para estabelecer a pena total do recorrido em **2 (dois) anos de reclusão** e **1 (um) ano de detenção**, além de 20 (vinte) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão condenatório.

Ante o exposto, com fulcro no art. 255, § 4º, inciso III, do Regimento Interno do STJ, **dou provimento** ao recurso especial, **nos termos da fundamentação retro**.

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280

P. e I.

Brasília, 1º de abril de 2020.

Ministro Felix Fischer

Relator

Edição nº 2883 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 02 de Abril de 2020 Publicação: Sexta-feira, 03 de Abril de 2020
Código de Controle do Documento: 497F20A8-AAC1-4A5D-AD47-CF294CD08280