EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR RELATOR DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº XXXXXXX-XX.2014.8.26.0052 DA 13ª CÂMARA CRIMINAL DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

Autos nº XXXXXXXX-XX.2014.8.26.0052
Voto nº XX.XXX

N.P.N., já qualificado nos autos do Recurso em Sentido Estrito em epígrafe, vem, por seu advogado, no prazo legal, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO,

nos termos dos arts. 619 e 620, do Código de Processo Penal, para sanar omissão contida no v. acórdão, pelas razões a seguir expostas:

1. Dos fatos

O embargante foi acusado de ter cometido homicídio qualificado, por motivo torpe e por recurso que impossibilitou a defesa da vítima (art. 121, § 2º, I e IV, CP).

Pronunciado nos termos da denúncia, interpôs Recurso em Sentido Estrito, com o objetivo de ser absolvido sumariamente, por legítima defesa, ou, subsidiariamente, que fossem afastadas as qualificadoras.

Dentre os argumentos utilizados, para o afastamento da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, alegou, com base na jurisprudência dos Colendos **Supremo Tribunal Federal** e do **Superior Tribunal de Justiça**, que a qualificadora do recurso que impossibilita a defesa da vítima, para sua configuração, reclama a ocorrência da **preordenação**.

O recurso foi julgado no dia 18 de fevereiro de 2016, tendo a 13ª Câmara Criminal negado provimento ao recurso, por votação unânime.

Entendendo que a tese referente à imprescindibilidade da **preordenação** não foi analisada no acórdão, e que tal tese pode ensejar a interposição de Recurso Especial, fundamentado no dissídio jurisprudencial (art. 105, III, *c*, da Constituição da República) para assegurar o **prequestionamento**, opõe-se, respeitosamente, os presentes Embargos, para sanar a omissão.

2. Do direito

Em que pese a substanciosa análise contida no ilustrado voto do e. Desembargador Relator, o acórdão ora embargado padece de omissão, pois não houve análise sobre a questão da **imprescindibilidade da preordenação** para a configuração da qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Com efeito, a defesa sustentou o seguinte:

"A r. sentença de pronúncia entendeu reconhecida a qualificadora **'no fato de a vítima ter sido atingida quando deixava a residência, de surpresa, sem poder esperar pelo ataque'.**

O fato descrito na sentença não configura o recurso que impossibilita a defesa da vítima.

Baseado na conduta narrada na inicial, deve ser excluída a qualificadora pela ausência de **preordenação**, característica imprescindível à qualificadora, segundo jurisprudência dos Tribunais Superiores. Tal questão, aliás, não foi sequer mencionada na sentença de pronúncia e, também não foi mencionada na decisão que não acolheu os embargos de declaração.

Ocorre que a jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça, exigem para a configuração do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, que o agente tenha **preordenado** a prática do crime.

Assim decidiu o Pretório Excelso, em acórdão da lavra do Min. Marco Aurélio:

'A qualificadora da surpresa nos crimes de homicídio pressupõe a traição, o ardil ou qualquer recurso que inviabilize ou dificulte a defesa da vítima. (...) Destarte, a partir de tais premissas, tem-se que a qualificadora da surpresa pressupõe preordenação delitiva e esta há de ser perquirida em face da posição adotada pelo agente'.[1]

No Colendo Superior Tribunal de Justiça, o mesmo entendimento prevaleceu, em decisão cujo relator foi o Min. Hamilton Carvalhido:

[1] STF – 2.ª T. – HC 75.704-9/RJ – Rel. Marco Aurélio – j. 18.11.97 – RT 818/475.

> **'A qualificadora inserta no inc. IV do § 2.º do art. 121 do CP reclama, para a sua caracterização, a preordenação do agente à traição, emboscada, dissimulação ou a outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, como modo de execução do delito'.**[2]
>
> Esse entendimento se justifica porque os modos qualificadores do inciso IV, do § 2º, art. 121, são modos que "revelam insídia".[3] No inciso III, há os meios insidiosos, e no IV, os modos insidiosos."

O acórdão embargado, no entanto, foi **omisso** nesse ponto, pois, ao rejeitar o pedido de exclusão da qualificadora, não rechaçou, nem mesmo sucintamente, a tese sustentada.

Com efeito, ao rejeitar o pedido de exclusão da qualificadora, o acórdão foi lançado nos seguintes termos:

> **"De outra banda, de acordo com o já tangencialmente analisado conjunto probatório, pode-se observar que, como a prova colhida não exclui a qualificadora de recurso que dificultou a defesa da vítima, sobretudo porque a vítima estava desarmada, já havia conversado com o recorrente e saía do local quando foi atingida com uma facada na barriga, o que evidencia não ser manifestamente improcedente, deve ser mantida para os membros do Conselho de Sentença decidam a respeito."**

Vê-se que não foi feita qualquer consideração no sentido de que seria prescindível a **preordenação** para a configuração da qualificadora.

---

[2] STJ – HC 30.339 – Rel. Hamilton Carvalhido – j. 25.11.2003 – RSTJ 185/596 – grifo nosso.

[3] BÁRTOLI, Márcio. PANZERI, André. Notas doutrinárias ao art. 128. *in*: SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. (coordenadores) **Código Penal e sua interpretação:** doutrina e jurisprudência. 8ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 632.

Por tais razões, *data maxima vênia,* está caracterizada a **omissão**, que enseja a oposição dos presentes Embargos de Declaração, especialmente importante para o fim de **prequestionamento** para a interposição de **Recurso Especial**.

3. Do pedido

Ante todo o exposto, requer, recebidos os presentes Embargos, seja declarado o acórdão embargado, sanando-se a omissão, como medida de JUSTIÇA

São Paulo, 09 de março de 2016

José Nabuco Galvão de Barros Filho
OAB-SP 147.285