EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.365.782 - SP (2018/0245090-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA LAURITA VAZ**
EMBARGANTE	:	IVANILDO MEDEIROS DOS SANTOS
ADVOGADOS	:	ROBINSON LAFAYETE CARCANHOLO - SP185363 THIAGO MARIN PERES - SP257761
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

DECISÃO

Trata-se de embargos de declaração opostos por IVANILDO MEDEIROS DOS SANTOS contra decisão de minha lavra, por meio da qual foi conhecido o agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento, a fim de fixar o regime semiaberto para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.046):

> *"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ACUSADO NÃO ENCONTRADO. SUFICIENTE A INTIMAÇÃO DO DEFENSOR. INTIMAÇÃO QUANTO AO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. NÃO ENCONTRADO O RÉU. INTIMAÇÃO POR EDITAL. PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA APRESENTADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.* PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. *DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PLEITO PARA REDUÇÃO PELA TENTATIVA NA FRAÇÃO MÁXIMA. INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO. PENA QUE NÃO EXCEDE 8 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME FECHADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA AGRAVAMENTO DO REGIME PRISIONAL. VERBETES SUMULARES N.os 440/STJ, 718 E 719/STF. CABÍVEL O REGIME SEMIABERTO. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO."*

Em suas razões, alega o Embargante que a decisão embargada contém as seguintes omissões:

a) não foi apreciada a alegação, veiculada nas razões do agravo, segundo a qual a decisão que não admitira o recurso especial careceria de fundamentação adequada e, portanto, representaria contrariedade ao art. 489, § 1.º, inciso III, do Código de Processo Civil;

b) ausência de pronunciamento acerca da nulidade do plenário do júri, ante a deficiência na intimação do Agravante para a realização do julgamento pelo Conselho de Sentença;

c) falta de manifestação quanto aos pleitos relativos à não aplicação, à espécie, do princípio *pas de nullité sans grief*, existência de decisão contrária à prova dos autos e necessidade de redução, pela tentativa, no patamar máximo, isto é, 2/3 (dois terços); e

d) inexistência de fundamentação acerca do argumento de que houve valoração equivocada da prova acostada aos autos.

É o relatório.

Decido.

Os embargos não devem ser acolhidos.

Conforme dispõe o art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou ambiguidade existentes no julgado, o que não se verifica na hipótese em comento.

No que diz respeito à afirmação de que o *decisum* embargado é omisso porque não teria havido pronunciamento quanto à alegada negativa de vigência ao art. 489, § 1.º, inciso III, pois a decisão que não admitira o apelo nobre teria sido proferida sem fundamentação idônea, esclareço que, com o conhecimento do agravo, passou-se ao exame das razões veiculadas no recurso especial e, portanto, a apreciação do citado argumento tornou-se despicienda.

No mais, a decisão embargada solucionou a *quaestio juris* de maneira clara e coerente, apresentando todas as questões que firmaram o seu convencimento, em perfeita consonância com a legislação aplicável à espécie e com a jurisprudência desta Corte.

A bem da verdade, o *decisum* impugnado consignou expressamente que (fls. 1.048-1.058; grifos no original):

> *"No que diz respeito à pretensa necessidade de que, na espécie, seja reconhecida nulidade ante a ausência de intimação pessoal do ora Agravante quanto à decisão de pronúncia, o aresto atacado, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 820-821; sem grifos no original):*
>
> > "**A defesa argui a nulidade por ausência de intimação pessoal do apelante da decisão de pronúncia**.
> >
> > Ocorre que, embora o artigo 420, inciso I do Código de Processo Penal prescreva que a intimação da decisão de pronúncia deva ser feita pessoalmente ao acusado, no caso em tela, o Oficial de Justiça compareceu ao endereço do recorrente para intimação, ocasião em que foi comunicado por sua esposa que o apelante estava viajando e não tinha data para retornar, deixando cópia da sentença prolatada, conforme certidão de fls.353 v°.
> >
> > Dessa forma, **tratando-se de acusado solto, com defensor constituído e intimado da r. sentença, determinou o andamento do feito, com remessa dos autos para o Ministério Público, para apresentação das contrarrazões do Recurso em Sentido Estrito apresentado pela Defesa.**
> >
> > Assim, **não houve qualquer prejuízo ao acusado**, não sendo o caso de se decretar nulidade."
>
> *Como se vê, o entendimento adotado pela Corte de origem para afastar a nulidade arguida pela Defesa encontra respaldo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual, no tocante à sentença de pronúncia, não sendo localizado o Acusado, é suficiente a intimação do advogado constituído, tal como ocorreu na hipótese dos autos.*
>
> [...]
>
> *No que concerne à alegação de que há nulidade decorrente de não ter havido intimação pessoal do Acusado, ora Agravante, acerca do julgamento pelo Tribunal do Júri, o acórdão recorrido contém os seguintes fundamentos (fl. 821; sem grifos no original):*
>
> > "[...] **a Defesa arguiu nulidade do Plenário do Júri** por ausência de intimação pessoal do recorrente.
> >
> > Ocorre que, nas duas diligências efetuadas pelo Oficial, nos endereços informados pelo acusado, este não foi localizado. Na primeira, certificada às fls. 484vº, foi informado pelo morador que o acusado não residia ali, afirmando não o conhecer.
> >
> > Na segunda, certificada às fls. 489, o Oficial foi informado pelo irmão do acusado que este residia no Rio Grande do Norte, não sabendo informar seu endereço.
> >
> > Dessa forma, foi **o réu intimado por edital (fls.470).**
> >
> > E, **conforme prevê o artigo 457 do Código de**

> **Processo Penal, o julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado, não sendo o caso de nulidade**."

A esse respeito, o entendimento desta Corte Superior de Justiça está fixado no sentido de que, no procedimento do Conselho de Sentença, na forma do parágrafo único do art. 420, c.c. o art. 457 do Código de Processo Penal, é dispensável a presença do Acusado não encontrado para ser intimado, desde que, nessa hipótese, seja levada a efeito intimação via edital, sendo certo que essa determinação foi cumprida no caso dos autos.

[...]

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a nulidade decorrente de inépcia da defesa técnica somente é passível de ser reconhecida caso a parte demonstre, de forma peremptória e concreta, o prejuízo que alega ter sofrido, ante a observação do princípio pas de nullité sans grief.

[...]

Na hipótese dos autos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afastou a alegação de nulidade por insuficiência da defesa técnica levada a termo pelo causídico que defendera o ora Agravante perante o Conselho de Sentença com base nos seguintes argumentos (fls. 821-822; sem grifos no original):

> "[...] argui a nulidade por ineficiência da defesa técnica.
>
> Ocorre que, o **recorrente esteve a todo o processo assistido por advogado constituído, que apresentou resposta à acusação, bem como interpôs recurso impugnando a decisão de pronúncia**.
>
> **Não foi comprovado prejuízo concreto ao acusado pela suposta ineficiência da defesa técnica**, sendo certo que o mister foi devidamente cumprido na sessão do Plenário, **tendo o causídico abordado especialmente a tese de absolvição por negativa de autoria**.
>
> Dessa forma, conforme prevê a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:
>
> [...]
>
> Não é o caso, pois, de se decretar nulidade."

Com efeito, a inversão do julgado, no sentido de reconhecer que, ao contrário do consignado no aresto recorrido, o Acusado, ora Agravante, experimentou prejuízo decorrente da suposta deficiência da defesa técnica apresentada pelo causídico que anteriormente o patrocinava, demandaria incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos, desiderato esse inviável na via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis*:*

[...]

No que diz respeito à alegação de que o Conselho de Sentença proferiu decisão manifestamente contrária à prova dos autos, o Tribunal a quo *entendeu que (fls. 831-834; sem grifos no original):*

"[...] ao contrário do alegado pela combativa defesa, **a prova colhida é suficiente e segura a demonstrar não ter sido arbitrária a decisão dos jurados**, que entenderam mais segura e convincente, dentre aquelas apresentadas em plenário, a sustentação feita pelo Ministério Público.

E, como se sabe, decisão manifestamente contrária à prova dos autos é tão somente aquela desprovida de qualquer substrato probatório, arbitrária, subjetiva e proferida de maneira diferente do que indicam os elementos colhidos no processo durante o contraditório. Vale dizer, **não se considera decisão contrária à evidência dos autos a que tem apoio em elementos de convicção como no presente processo.**

[...]

Portanto, não cabe nesse passo a anulação do julgamento pelo Juri, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova ouvida, **não constitui contrariedade á prova a deliberação que diverge do interesse do apelante.**"

Como se vê, o Tribunal de origem, soberano quanto à análise do conjunto fático-probatório, entendeu que, na hipótese, não ficou caracterizado julgamento contrário à prova dos autos. Portanto, a inversão do julgado encontra óbice no comando contido na Súmula n.º 7 do Superior Tribunal de Justiça.

[...]

De outra banda, acerca da alegação segundo a qual a redução da reprimenda privativa de liberdade pela tentativa deveria ter se dado com a incidência da fração de 2/3 (dois terços), assim se pronunciou o aresto objurgado (fl. 834; sem grifos no original):

"Por fim, na terceira etapa, bem aplicada ta redução mínima quanto à tentativa, já que o **resultado morte só não ocorreu pelo pronto atendimento médico recebido pela vítima, tendo o acusado percorrido todo o *iter criminis*, só não consumando o delito, por circunstâncias alheias à sua vontade**. Conforme laudo pericial às fls.44 **a vítima sofreu risco de vida**, pela perfuração da cavidade abdominal."

Conforme é possível se depreender dos excertos anteriormente transcritos, a Corte a quo *manteve a sentença de primeiro grau que fizera incidir o patamar redutor de 1/3 (um terço) em função da tentativa, porquanto consignou que o* iter criminis *foi integralmente concluído, não tendo sido alcançado o resultado pretendido por motivos alheios à vontade do ora Agravante. Nessas condições, a alteração do quanto decidido não é passível de ser levada a termo ante o conteúdo da Súmula n.º 7/STJ.*

[...]

Por fim, acerca da fixação do regime prisional, o acórdão recorrido manteve o fechado, que fora estabelecido na sentença, em razão dos seguintes argumentos (fl. 835):

"[...] não carece de reparo a pena imposta, totalizada em

OITO ANOS DE RECLUSÃO, que deve permanecer inalterada, sem qualquer possibilidade de modificação, **com regime prisional inicial fechado, com fulcro no art. 33, § 3° do Código Penal, notadamente pela gravidade em concreto do crime praticado e periculosidade demonstrada pelo agente**."

Como se vê, o Tribunal de origem fixou o regime inicial fechado, mas não indicou concretamente circunstâncias que evidenciem a maior gravidade do crime, o que, a teor da jurisprudência pacificada deste Tribunal Superior, não se admite.

Com efeito, a questão acerca do regime prisional ora discutida tem sido apreciada repetidas vezes por esta Corte, o que culminou na edição do enunciado n.º 440 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito".

No mesmo sentido, têm sido os reiterados julgados do Supremo Tribunal Federal, cuja jurisprudência está espelhada nos Verbetes Sumulares n.os 718 e 719, respectivamente, in verbis*:*

[...]

No caso, o Recorrente é primário, não tendo sido valorada negativamente nenhuma vetorial do art. 59 do Código Penal na fixação da pena-base e imposta a pena final de 8 (oito) anos de reclusão. É cabível, dessa forma, ***o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea* b*, do Código Penal****.*

Nesse sentido, aliás, tem sido a jurisprudência desta Corte, consoante demonstram os seguintes precedentes, verbis*:*

[...]

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade."

É oportuno esclarecer que a pretensão de rediscutir matéria devidamente abordada e decidida no acórdão embargado, consubstanciada na mera insatisfação com o resultado da demanda, é incabível na via dos embargos de declaração.

Ante o exposto, REJEITO os embargos de declaração.

Brasília (DF), 1º de abril de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora