



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 1.141.712 - SP
(2011/0050228-3)**

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
AGRAVANTE : FERNANDO DE SOUZA
ADVOGADO : FLORISVALDO OLIVEIRA DE ANDRADE
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO. ACÓRDÃOS PARADIGMAS JULGADOS PELO MESMO ÓRGÃO JULGADOR DO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPOSSIBILIDADE. IRREGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DA TURMA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. Precedentes.

II - Inadmissível a inovação recursal, ante a ocorrência da preclusão consumativa.

III - Agravo interno desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da TERCEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça. A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília (DF), 08 de junho de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 1.141.712 - SP
(2011/0050228-3)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

Trata-se de agravo interno interposto por Fernando de Souza contra a decisão de fls. 714/718, que, com base no artigo 266, §§ 1º e 3º do RISTJ, indeferiu liminarmente os embargos de divergência, ao argumento de que os arestos colacionados como divergentes foram proferidos pela mesma Turma julgadora do acórdão embargado, o que impede o seu exame. Ademais, na oportunidade, restou consignado que a sustentação oral pleiteada pelo recorrente por ocasião do julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento, foi objeto de análise no julgamento dos embargos de declaração no agravo regimental, não cabendo qualquer reparação.

O agravante alega, em síntese, ter havido excesso de formalismo no julgamento realizado pela Eg. Sexta Turma e requer seja dado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a decisão que não admitiu seu recurso especial.

Sustenta ser inocente e pede sua absolvição ou a redução máxima da pena-base arbitrada, a fixação de regime aberto de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Ademais, aduz ter demonstrado interesse em realizar sustentação oral por ocasião do julgamento do AgRg no Agravo de Instrumento, porém não foi intimado para esse fim. E alega que dos Ministros que participaram do julgamento na Eg. Sexta Turma, havia dois Desembargadores convocados, que supostamente não teriam direito a voto, mas apenas poderes instrutórios.

Por fim, requer o provimento do agravo regimental e o processamento dos embargos de divergência para que sejam conhecidos e providos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO Nº 1.141.712 - SP
(2011/0050228-3)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP (Relator):

O recurso não merece prosperar.

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, suas razões não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

Nos embargos de divergência o ora agravante se insurgiu contra v. acórdão da Eg. Sexta Turma, assim ementado:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO QUE NÃO COMBATEU OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente todos os fundamentos expostos na decisão agravada. Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Agravo Regimental a que se nega provimento.”

Foram opostos embargos de declaração, que restaram rejeitados, nos seguintes termos:

“PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O cabimento dos embargos de declaração em matéria criminal está disciplinado no artigo 619 do Código de Processo Penal, sendo que a inexistência dos vícios ali consagrados importam no desacolhimento da pretensão aclaratória.

2. Embargos rejeitados.”

Para caracterizar o dissenso o ora embargante colacionou como paradigmas julgados da Eg. Sexta Turma, todos de relatoria do Exmo. Ministro Og Fernandes – HC 118.774/RS, HC 181.057/SP, HC 175.763/MG, HC 176.919/DF, cujas ementa foram respectivamente transcritas:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 6.368/76.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. INVIABILIDADE DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que, "proclamada a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que determinava que a pena relativa aos crimes hediondos e equiparados devesse ser cumprida integralmente em regime fechado, devem ser observados, na fixação do regime, os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e na análise da possibilidade de substituição da pena, aqueles previstos no art. 44 do mesmo diploma." (HC nº 100.184/MG, Relator p/ Acórdão o Ministro Paulo Gallotti, DJ 25/8/2008).

2. O paciente é primário e a sanção corporal foi aplicada em 3 (três) anos e 6 (meses) de reclusão. A pena-base foi fixada um pouco acima do mínimo legal em razão das circunstâncias do crime, dado que foram "apreendidas diversas espécies de drogas, entre elas o crack, substância altamente letal e viciante".

3. Atendendo aos preceitos contidos nos arts. 59, III, e 33, § 3º, ambos do Código Penal, tem-se como suficiente para reprovação e prevenção do crime a imposição do regime semiaberto para o início do desconto da sanção corporal.

4. Contudo, não se revela recomendável, na espécie, haja vista a quantidade e diversidade de droga apreendida, a conversão da pena reclusiva por medidas restritivas de direito, forte na disposição contida no art. 44, III, do Código Penal.

5. Ordem parcialmente concedida para fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da sanção corporal." (HC 118774/RS, DJe 17/12/2010).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. INVIABILIDADE.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

2. Na espécie é aplicável o regime aberto, por se tratar de réu primário, cujas circunstâncias judiciais são favoráveis, tanto que a pena-base foi estabelecida no mínimo legal de cinco anos de reclusão, e fixada, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), a minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Antidrogas, resultando a sanção corporal em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Mesma sorte não assiste à impetração quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque a quantidade de droga apreendida – 70 (setenta) pedras de crack – não recomenda o benefício, nos termos do art. 44, III, do Código Penal.

4. Ordem parcialmente concedida para estabelecer o regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada ao paciente." (181057/SP, DJe 17/12/2010).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE COMBINAÇÃO DE LEIS. PRINCÍPIO DA EXTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pontificou, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.094.499/MG, ser inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas).

2. Frise-se que não fica afastada, no caso concreto, a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu. Dessa maneira, conferir-se-ia aplicabilidade ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL) sem malferir-se o princípio da separação dos poderes, que veda ao Judiciário o exercício da função legiferante típica.

3. Considerando que o crime foi cometido na vigência da Lei 6.368/76, a quantidade de droga apreendida (doze gramas e nove decigramas de maconha), a pena aplicada (três anos de reclusão), bem como a primariedade do paciente e os seus bons antecedentes, entendo ser possível a fixação do regime aberto para o cumprimento da sanção corporal e viável a substituição por restritivas de direitos.

4. Ordem parcialmente concedida para de um lado, cassar o acórdão recorrido e restabelecer a sentença de primeiro grau e, de outro, para determinar que o Juiz das Execuções verifique, no caso concreto, e desde que mais favorável ao paciente, a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, observadas as balizas contidas no preceito secundário do referido artigo." (HC 175763/MG, DJe 6/12/2010).

"HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. LEI Nº 11.343/06. REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA CORPORAL POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO.

1. Com a edição da Lei nº 11.464/07, que modificou a redação da Lei nº 8.072/90, derogando a vedação à progressão de regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a crimes hediondos ou equiparados, persistiu-se na ofensa ao princípio da individualização da pena, quando se afirmou que a execução deve iniciar no regime mais gravoso.

2. A Lei não andou em harmonia com o princípio da proporcionalidade, corolário da busca do justo. Isso porque a imposição do regime fechado, inclusive a condenados a penas ínfimas, primários e de bons antecedentes, entra em rota de colisão com a Constituição e com a evolução do Direito Penal. Precedentes.

3. O STF entendeu possível, já diante da Lei nº 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao considerar a inconstitucionalidade de parte do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

4. Considerando a pena aplicada – 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão –, bem como a primariedade e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, a substituição é medida que se impõe.

5. Ordem concedida para, de um lado, estabelecer o regime aberto para o cumprimento da pena privativa de liberdade; de outro lado, substituí-la por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.” (HC 176919/DF, DJe 13/12/2010).

Consoante anteriormente explicitado, da análise dos autos, e com fundamento no art. 266, do RISTJ, verifica-se a impossibilidade de se interpor embargos de divergência com base em julgados proferidos pela mesma Turma julgadora do acórdão embargado.

Registre-se que a Eg. Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade de votos, entendeu que ante a falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. Neste sentido:

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE – ART. 462 DO CPC – INAPLICABILIDADE.

1. O confronto de acórdãos formados em uma mesma Turma não enseja a interposição de embargos de divergência (RISTJ, Art. 266).

2. Os embargos de divergência têm como pressuposto de admissibilidade a existência de similitude fática entre os arestos confrontados.

3. Os embargos de divergência têm por finalidade uniformizar a jurisprudência interna do STJ, sendo irrelevantes fatos novos ocorridos posteriormente ao julgamento do recurso especial e que tenham alterado substancialmente a base fática da relação jurídica posta para exame.

4. Agravo regimental não provido.” (AgRg nos EDcl nos Edcl nos EREsp 369773/ES, Relatora Ministra Eliana Calmon, CORTE ESPECIAL, DJe de 27.03.2008).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PRACEAMENTO. NÃO OBSERVÂNCIA DO COMANDO INSERTO NO CPC, ART. 690 PELOS LICITANTES. ISONOMIA. OFENSA AO CPC, ART. 125, I. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO A EVENTUAL INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 126 E 7 DESTE TRIBUNAL SUPERIOR.

1. Por falta de amparo legal, não é possível o exame de embargos de divergência fundados em Acórdãos proferidos por uma mesma Turma, mesmo que a sua composição tenha sido alterada substancialmente. Precedentes.

2. Como o Acórdão Estadual não se assenta em fundamento constitucional autônomo e capaz, por si só, de manter a decisão, não há falar-se em aplicação da Súm. 126 deste Tribunal Superior, já que o conhecimento do Recurso Especial não depende em absoluto da interposição de Recurso Extraordinário.

3. São incabíveis Embargos de Divergência baseados em inobservância de regra técnica de admissibilidade do Recurso Especial. Precedentes." (ERESP 240054/SC, Relator Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, DJ de 21.10.2002).

No que concerne ao pedido formulado para realização de sustentação oral por ocasião do julgamento do agravo regimental, incumbe destacar que o tema foi objeto de análise no julgamento dos embargos de declaração, consoante excerto do voto a seguir transcrito, não cabendo qualquer reparação nesta fase processual:

"Anote-se, por oportuno, que o fato de o recorrente ter afirmado, à fl. 662, que 'fará sustentação oral das razões aduzidas', não se confunde com o pedido de intimação para realização de sustentação oral. Com efeito, não restou mencionado dentre os pedidos efetuados ao final da petição referido pleito, razão pela qual não há se falar em omissão desta Corte.

Ademais, mostra-se impossível a realização de sustentação oral em agravo regimental, conforme dispõe o artigo 159 do Regimento Interno desta Corte, verbis: 'Não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar'."

Por fim, acerca da suposta irregularidade na composição da Turma por ocasião do julgamento do agravo regimental no agravo de instrumento, impõe consignar a impossibilidade de inovação recursal, ante a ocorrência da preclusão consumativa.

Quanto ao tema já se manifestou esta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DEPÓSITO. BENS FUNGÍVEIS. DEPÓSITO CLÁSSICO. EGF. MÚTUO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONTRATADO POR TERCEIROS. ILEGITIMIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE.

1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental.

2."É cabível ação de depósito se o contrato de depósito clássico (simples), vinculado a operação 'Empréstimos do Governo Federal - EGF', ainda que de bens fungíveis, for destinado à guarda e conservação de mercadorias e for celebrado por partes distintas daquelas que celebraram o contrato de mútuo" (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 691.205/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2006).

3. O agravo regimental não comporta inovação de teses recursais, ante a preclusão consumativa, devendo a matéria impugnada constar anteriormente do recurso especial.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 416642/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 30/6/2010).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2011/0050228-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos**
EAg 1.141.712 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 10343293 10343293800 200900833418 4050120030797007
993061426765 99306142676550001

EM MESA

JULGADO: 08/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GILSON DIPP**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA

Secretária

Bela. VANILDE S. M. TRIGO DE LOUREIRO

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : FERNANDO DE SOUZA
ADVOGADO : FLORISVALDO OLIVEIRA DE ANDRADE
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FERNANDO DE SOUZA
ADVOGADO : FLORISVALDO OLIVEIRA DE ANDRADE
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) e Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.