



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 405.709 - MS (2017/0155379-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
EMBARGANTE : INGRID APARECIDA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO *HABEAS CORPUS*. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ACOLHIMENTO DOS ACLARATÓRIOS.

1. Os embargos de declaração, à luz do disposto no art. 619 do CPP, são cabíveis quando houver na sentença ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, tendo a jurisprudência desta Corte os admitido, também, com o fito de sanar eventual erro material na decisão embargada.

2. De fato, o voto condutor do acórdão de apelação mencionou o fato de que a causa especial de diminuição de pena não seria aplicada na hipótese pois a então recorrente atuou como traficante profissional, integrando organização criminosa.

3. Desse modo, não está inviabilizada a apreciação do pedido em razão da supressão de instância. No entanto, a desconstituição do entendimento firmado pela eg. Corte de origem depende de novo exame do conjunto de fatos e provas, providência que não se coaduna com a estreita via do *habeas corpus*.

3. Embargos acolhidos, sem efeitos infringentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de fevereiro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 405.709 - MS (2017/0155379-1)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
EMBARGANTE : INGRID APARECIDA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Trata-se de embargos de declaração opostos por INGRID APARECIDA DE SOUZA em face do acórdão proferido pela Quinta Turma cuja ementa ficou assim redigida:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MATÉRIA NÃO APRECIADA EM SEDE RECURSAL. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO. AUSÊNCIA.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Da análise dos autos, verifica-se que no julgamento da apelação a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena postulada neste habeas corpus não foi alvo de deliberação pela autoridade apontada como coatora.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *Tal questão deveria ter sido arguida no momento oportuno e perante o juízo competente, no seio do indispensável contraditório, circunstância que evidencia a impossibilidade do exame do tema por este Sodalício, sob pena de se configurar a indevida prestação jurisdicional em supressão de instância.*

4. *Ainda que assim não fosse, a presença de elementos que indicam a atuação da paciente como integrante de organização criminosa, conforme apontado na sentença, impede a incidência do benefício, por não restarem atendidos os requisitos legais para a benesse.*

5. *Habeas corpus não conhecido.*

Em suas razões, a embargante sustenta que *"ao contrário do que constou na v. decisão, não houve supressão de instância, tendo sido a matéria apreciada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, quando do Recurso de Apelação (...)"* (e-STJ, fl. 447).

Por isso, requer o acolhimento dos presentes embargos, para corrigir a contradição indicada.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 405.709 - MS (2017/0155379-1)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI: Inicialmente, verifica-se que o presente recurso atende à exigência formal de tempestividade. A decisão embargada foi publicada em 24.11.2017 e os aclaratórios foram opostos em 4.12.2017, respeitando o prazo de 4 (quatro) dias a que tem direito a instituição embargante, considerando-se o dobro do prazo de 2 (dois) dias, previsto no art. 619 do CPP e no art. 263 do RISTJ, mostrando-se tempestivo o presente reclamo.

No mérito, entretanto, o recurso comporta acolhimento, muito embora não se vislumbre a possibilidade de modificação no conteúdo decisório da decisão embargada.

O artigo 619 do Código de Processo Penal disciplina que "*aos 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*", tendo a jurisprudência desta Corte os admitido, também, com o fito de sanar eventual erro material na decisão embargada.

De fato, o voto condutor do acórdão de apelação mencionou o fato de que a causa especial de diminuição de pena não seria aplicada na hipótese pois a então recorrente atuou como traficante profissional, integrando organização criminosa (e-STJ, fls. 246-247).

Conforme constou no acórdão embargado, tendo em vista o fato de as circunstâncias do delito revelarem a gravidade concreta da conduta, autorizando o afastamento da causa especial de diminuição de pena diante dos indícios de dedicação da paciente a atividades ilícitas, não se pode dizer que há constrangimento ilegal sanável de ofício, pois resta evidenciado o não preenchimento dos requisitos legais para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006.

Destaque-se que, para alterar o entendimento firmado pela eg. Corte de origem, é indispensável novo e aprofundado exame das circunstâncias fáticas do delito,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

providência inviável em sede de *habeas corpus*, conforme entendimento jurisprudencial consolidado neste Superior Tribunal de Justiça.

Nesse diapasão:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CULPABILIDADE E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VALORAÇÃO NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO DELITO. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. INAPLICABILIDADE. REEXAME DE PROVAS. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). QUANTUM DA REPRIMENDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

5. Não há *bis in idem* quando as instâncias antecedentes, embora tenham sopesado a quantidade e a natureza da droga na primeira e na terceira etapa da dosimetria, concluíram motivadamente pelo envolvimento do paciente com organização criminosa, com base nas circunstâncias fáticas do delito.

6. Hipótese em que o juízo sentenciante afastou, motivadamente, o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente tinha envolvimento com o crime organizado, não só pela quantidade e pela natureza da droga apreendida (276kg de maconha), mas também pelas circunstâncias fáticas do caso concreto.

7. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito, assim como nos demais elementos colhidos na instrução, que o paciente integra organização criminosa, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

[...]

11. *Habeas corpus não conhecido.* (HC 322.351/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 21/09/2016)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AFASTAMENTO DA MINORANTE COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS FÁTICOS DE QUE O PACIENTE, AINDA QUE POR POUCO TEMPO, INTEGROU ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCLUSÃO EM SENTIDO INVERSO. INVIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LIBERDADE POR RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO OBJETIVO. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL EVIDENCIADA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

2. Do contexto dos autos, verifica-se que a Corte de origem deixou de aplicar a minorante da Lei de Drogas por entender que o paciente, de certa forma e, ainda que por pouco tempo, integrou organização criminosa. Por essas razões, não há como considerar que incidiu em constrangimento ilegal, uma vez que apontou elementos concretos para não aplicar o referido redutor. Além do que, decidir de forma contrária implicaria reexame do conjunto fático-probatório, incabível na via estreita do habeas corpus.

3. Não há como proceder à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência do requisito objetivo, qual seja, pena inferior a 4 anos, visto que ao paciente foi aplicada pena de 6 anos de reclusão.

4. Estabelecido o regime inicial fechado pela prática do crime de tráfico de drogas com base na vedação legal e em fundamentos vagos e abstratos (quantidade e intensidade da sanção penal), constata-se a ocorrência de evidente constrangimento ilegal imposto ao réu, o que não é permitido por esta Corte.

5. Writ não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para estabelecer o regime inicial semiaberto ao paciente. (HC 344.393/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. INCABÍVEL. INOVAÇÃO NOS FUNDAMENTOS PELA CORTE DE ORIGEM EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. POSSIBILIDADE. PROFUNDIDADE DO EFEITO DEVOLUTIVO. NÃO OCORRÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividades criminosas ou integrem organização criminosa. 3. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nas circunstâncias fáticas do delito e no registro de outras condenações não definitivas, que o paciente se dedica a atividades criminosas, a modificação desse entendimento - a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas - enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

4. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitirem concluir que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

5. O princípio do non reformatio in pejus não obsta que o Tribunal de origem, exercendo sua soberania para dizer o direito, encontre nova fundamentação para manter afastada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que respeitada a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no Juízo de origem.

6. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 7. Embora o paciente seja tecnicamente primário e a pena aplicada seja de 6 anos de reclusão, revela-se adequado o regime inicial fechado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da quantidade, da natureza e da variedade de droga apreendida (8 porções de maconha, pesando 2,900 kg e 8 porções de cocaína, pesando 16g), conforme assentado no acórdão impugnado (art. 33, § 3º, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

8. Habeas corpus não conhecido. (HC 386.940/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 23/03/2017)

Ante o exposto, **acolhem-se os embargos de declaração** para excluir do voto condutor do acórdão a menção relativa à supressão de instância, mantendo-se, no entanto o afastamento da minorante pretendida com base nos fundamentos acima delineados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0155379-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 405.709 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016676620148120019 16676620148120019

EM MESA

JULGADO: 20/02/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE : INGRID APARECIDA DE SOUZA

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : INGRID APARECIDA DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.