



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 292.541 - MG (2014/0084340-8)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
EMBARGANTE : **FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO**
ADVOGADO : **JACKSON DE DOMENICO**
EMBARGADO : **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS**
PACIENTE : **EDSON LUIS DA SILVA**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PENA NÃO SUPERIOR A 8 ANOS. REGIME INICIAL FECHADO. MANUTENÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 AO CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

1. Nos termos do art. 619 do CPP, são admitidos embargos de declaração quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. Caso em que o julgado embargado, tendo reduzido a pena imposta, deixou de definir o regime inicial para seu cumprimento.

3. A jurisprudência do STF tem firmado o entendimento de que "a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu *quantum*, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal." (HC 120576, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, DJe 16-05-2014).

4. Hipótese em que, embora o *quantum* da pena tenha sido fixado em patamar não superior a 8 anos, as diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado justificam a sua manutenção no regime fechado.

5. Impossível a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao delito descrito no art. 273, § 1º, do Código Penal, visto que o citado dispositivo é uma causa especial de diminuição de pena, aplicável tão somente às hipóteses descritas no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei de Tóxico.

6. O reconhecimento da inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal e a aplicação do preceito secundário do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 não legitima a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da citada lei, uma vez que não há previsão legal de causa de diminuição de pena para o crime do art. 273 do CP ou delitos equiparados, sendo vedado ao julgador inovar no ordenamento jurídico para atribuir benefício não concedido pelo legislador.

7. Embargos de declaração acolhidos, em parte, apenas para suprir a omissão quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, sem atribuir-lhes efeitos infringentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 23 de junho de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 292.541 - MG (2014/0084340-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Cuida-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que não conheceu de *habeas corpus*, mas concedeu a ordem, de ofício, para reduzir a pena pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 para 2 anos de reclusão e 200 dias-multa e redimensionar a pena do crime previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal para 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, restando o total da pena estabelecida em 8 anos de reclusão e 800 dias-multa.

O embargante alega que o julgado embargado incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar acerca do regime de cumprimento da pena, cujo patamar, não superior a 8 anos, permite o estabelecimento de regime inicial semiaberto, bem como ao não aplicar a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao crime previsto no art. 273, § 1º, do Código Penal.

Requer, por fim, que sejam sanadas as omissões destacadas, fixando-se o regime semiaberto para cumprimento da pena e aplicando-se a causa especial de diminuição de pena da Lei de Tóxicos ao delito do art. 273, § 1º, do Código Penal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no HABEAS CORPUS Nº 292.541 - MG (2014/0084340-8)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, são admitidos embargos de declaração quando houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

In casu, há omissão no acórdão no que tange à definição do regime inicial da nova pena aplicada, ponto que passo a examinar.

De início, destaco que a escolha do regime prisional deve se pautar pelas diretrizes dos arts. 33 e 59 do Código Penal.

A jurisprudência do STF tem firmado o entendimento de que "a fixação do regime inicial de cumprimento da pena não resulta apenas de seu *quantum*, mas também das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, a que faz remissão o artigo 33, § 3º, do mesmo diploma legal." (HC 120576, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 29/04/2014, DJe 16-05-2014).

No mesmo sentido, esta Corte tem admitido ao julgador invocar dados fáticos da conduta delitiva que, por demonstrarem a gravidade concreta do crime, redundem na "imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena" (HC 267.819/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015).

No caso em tela, embora o *quantum* da pena tenha sido fixado em patamar não superior a 8 anos, as diversas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao sentenciado, inclusive a quantidade e a natureza da droga no crime de tráfico, justificam a sua manutenção no regime fechado.

A esse respeito, transcrevo precedente desta Corte Superior:

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 4,757KG DE MACONHA. PENA FIXADA EM 4 (QUATRO) ANOS E 7 (SETE) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado". À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem desfavoráveis ao réu, aliado à natureza e/ou quantidade da droga apreendida, recomenda a imposição de regime prisional mais gravoso para o cumprimento da pena (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. (HC 308146/MG, Rel. Min. NEWTON TRISOTTO - Desembargador convocado do TJ/SC, Quinta Turma, DJe 2/6/2015).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- A fixação da pena-base em patamar acima do mínimo legal foi devidamente fundamentada pelas instâncias ordinárias que, a teor do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, consideraram, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal - CP, a natureza e a quantidade da droga apreendida (cerca de 4,7kg de cocaína).

- Tendo a Corte de origem, no exame das circunstâncias judiciais, mantido a pena-base fixada, a revisão desta demandaria o reexame do conjunto probatório, o que não é admitido na via eleita.

- A Corte de origem negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 concluindo que a agravante integra organização criminosa. Rever esta premissa importa em incursão no conteúdo fático-probatório carreado aos autos, tarefa inviável em recurso especial, a teor do Verbetes n. 7 da Súmula deste



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal.

- As circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente a quantidade e natureza da droga apreendida, justificam a fixação do regime fechado. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 574586/SP, Rel. Min. ERICSON MARANHÃO - Desembargador convocado do TJ/SP, Sexta Turma, DJe 29/5/2015).

No que se refere à aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ao delito descrito no art. 273, § 1º, do Código Penal, não há como acolher os embargos, visto que o citado dispositivo é uma causa especial de diminuição de pena, aplicável tão somente às hipóteses descritas no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

Cumprir observar que as causas especiais de aumento ou diminuição da pena só podem ser aplicadas ao tipo penal a que fazem menção, ainda mais quando a causa de diminuição está presente em legislação especial e o tipo penal ao qual se pretende estender os efeitos tem previsão no Código Penal.

O simples fato de este Tribunal ter reconhecido a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal e entendido como razoável a aplicação do preceito secundário do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006 não legitima a concessão, ainda que de ofício, da benesse prevista no art. 33, § 4º, da citada lei, uma vez que não há previsão legal de causa de diminuição de pena para o referido crime ou delitos equiparados, sendo vedado ao julgador inovar no ordenamento jurídico para atribuir ao réu benefício não concedido pelo legislador.

Ante o exposto, ACOLHO, EM PARTE, os embargos de declaração, apenas para suprir a omissão verificada quanto ao regime inicial (fechado) para cumprimento da pena, SEM ATRIBUIR-LHES EFEITOS INFRINGENTES.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0084340-8 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
HC 292.541 / MG
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00710011892010 024100710011 24100710011 710011892010

EM MESA

JULGADO: 23/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO
ADVOGADO : JACKSON DE DOMENICO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EDSON LUIS DA SILVA

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 : FERNANDO DA COSTA TOURINHO NETO
ADVOGADO : JACKSON DE DOMENICO
EMBARGADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PACIENTE : EDSON LUIS DA SILVA

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 parcialmente os embargos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.